Die

Bonorum possessio.

Ihre geschichtliche Entwicklung

und

heutige Geltung,

dargestellt

von

Dr. Burkard Wilhelm Leist,
ordentl. Professor der Rechte zu Rostock.

Zweiter Band.
Erste Abtheilung.

Göttingen,
bei Vandenhoeck und Ruprecht.
1848.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Meinem lieben Oheim,

Herrn

Vice-Präsidenten Leist

biete ich dies Buch

als geringes Zeichen

inniger Verehrung und Dankbarkeit.

Vorrede.

Es bedarf weniger Worte, um den vorliegenden zweiten Band, der seines Umfanges wegen in zwei Abtheilungen hat getheilt werden müssen, beim Publicum einzuführen. Ich habe dieses Werk in einer doppelten Weise fruchtbringend zu machen gestrebt. In Hinsicht auf das practische Rechtsleben bin ich darauf bedacht gewesen, wie schon der Titel andeutet, die „heutige Geltung" der bon. poss. in klares Licht zu setzen. Das Resultat ist nun vorzugsweise ein negatives, und wenn man etwa meinen sollte, daß, um zu sagen, die bon. poss. sei unpractisch, es eines so weitläuftigen Werkes nicht bedürfe, — so brauche ich darauf nur zu entgegnen, daß überhaupt die Thätigkeit derer, welche das Römische Recht bearbeiten, nicht bloß in dieser, sondern noch in vielen anderen Lehren eine wissenschaftlich aufräumende sein muß, und daß, wenn man die negative Seite beleuchtet, dadurch auch das umgekehrte Positive schärfer hervortritt. Im Uebrigen verweise ich auf das fünfte Buch, in welchem meine Ansichten über die Geltung und den Werth des Römischen Rechts für unsere Zeiten, sowie die practischen Resultate, welche sich aus der Lehre von der bon. poss. ziehen lassen, genauer entwickelt sind.

Um zu diesen Endresultaten zu gelangen, habe ich das Institut in vier weitläuftigen Büchern durch den langen Lauf vieler Jahrhunderte hin verfolgt, und es scheint ein Mißverhältniß, daß diese vier ersten Bücher, als Vorarbeiten für das fünfte, ihm gegenüber einen weit überwiegenden Raum einnehmen. Aber auch diesen Vorwurf muß ich ablehnen, indem ich in den vorhergehenden Büchern einen zweiten selbständigen Zweck verfolgt habe, der mir von fruchtbringender Art schien. Ich wollte in diesem Werke, wie der Titel sagt, nicht bloß die heutige Geltung, sondern auch die ganze „geschichtliche Entwicklung" der bon. poss. darstellen. Eine gut gestaltete Rechtswissenschaft lebt nicht bloß aus der Hand in den Mund, sie beschäftigt sich nicht lediglich mit dem, was man zum practischen Hausbedarf unumgänglich nöthig hat. Man kann, ganz abgesehen von aller directen Anwendung, auch aus den Rechtsentwicklungen eines fremden Volkes viel lernen, der Gewinn steigert sich, wenn wir es mit einer Rechtsentwicklung zu thun haben, in der bedeutende wissenschaftliche Kräfte thätig gewesen sind. Und wenn es sich endlich sogar um ein Rechtsinstitut handelt, das, freilich selbst unpractisch, doch einst mit anderen noch heutzutage geltenden Instituten in einflußreichem Zusammenhange gestanden hat, so tritt das Studium desselben aus dem Gesichtspuncte der Nützlichkeit schon wieder in den der Nothwendigkeit über, indem es zum vollen Durchschauen des heutigen Rechts gehört, daß man auch über die Bedingungen seiner Gestaltung in Klarheit sei. Aus diesen Gründen habe ich gestrebt, alle Theile und alle verschiedenen Perioden der bon. poss., so viel in meinen Kräften lag, vollständig und erschöpfend zu entwickeln. Ich habe mich für berechtigt gehalten, auch andere Lehren, sobald sie zur Erklärung der b. p. dienen oder umgekehrt die Erklärung aus

der b. p. schöpfen können, mit in den Kreis dieses Werks hineinzuziehen. Besonders mußte ich mir in dem ersten Bande eine breite weit ausgedehnte Basis schaffen, auf welcher die mehr sich concentrirenden Untersuchungen des zweiten ruhen könnten. So bietet denn diese Arbeit so ziemlich eine innere Entwicklungsgeschichte des ganzen Römischen Erbrechts, soweit es eine Universalsuccession enthält.

Ob die Resultate meiner Studien, bei denen ich nach neuen Ansichten nicht gehascht, aber mich auch vor den sich aufdrängenden nicht verschlossen habe, von Werth sind, ob ich (was mein Bestreben war) das große Quellenmaterial vollständig umfaßt, es gehörig verarbeitet und durchschaut habe, darüber steht das Urtheil Anderen zu. Ich brauche wohl kaum zu bemerken, daß je schärfer und tiefer eingehend die Critik sich äußert, um so willkommener sie mir sein wird. Dieser zweite Band erscheint zu einer Zeit, wo die politische Reorganisation Deutschlands die Aufmerksamkeit Aller, auch meine eigene, in Anspruch nimmt, und wäre er nicht vorher beendigt gewesen, so würde seine Herausgabe wohl noch längere Zeit sich verzögern. Ich lasse ihn nun dennoch, auch wenn der jetzige Augenblick wenig günstige Aufnahme verspricht, in die Welt hinausgehen, überzeugt, daß, falls die Arbeit überhaupt Werth hat, sie auch ihre Beachtung, sei es jetzt sei es später, finden wird. Aus der politischen Umgestaltung Deutschlands werden große segensreiche Folgen auch für die frischere und lebensvollere Entwicklung unseres Privatrechts hervorgehen. Daß ich rücksichtlich der bisherigen Handhabung des Römischen Rechtes in Deutschland nicht gerade in einen goldenen Kelch schaue, wird man aus dem fünften Buche genugsam ersehen. Es ist freilich schon viel vom Geiste der Römischen Juristen unter uns geredet worden, aber wenig in ihrem Geiste für Fortbildung unseres

Rechtes gethan. Auch von vielen Theilen des Erbrechts gilt dies; was aber die bon. poss. anbetrifft, so ist sie schon jetzt, wie gerade dies Buch nachweisen soll, ein abgethanes Institut, die Gründe also, welche uns trotz dem zu ihrem Studium hinführen, gelten auch fernerhin, und lassen daher auch die Herausgabe dieses Buchs im Angesichte großer Umgestaltungen unseres Rechtes als gerechtfertigt erscheinen.

Rostock den 23. Mai. 1848.

Inhaltsangabe.

Zweites Buch.

Die Erweiterungen der b. p. unter dem Prätor.

Seite

Einleitung. §. 62. 3

Erstes Kapitel.

Die suppletorischen Erweiterungen der Intestaterbfolge.

Ueber den Veranlassungsgrund im Allg. §. 63. 6

I. Bonorum possessio unde cognati.

1) Ihr Verhältniß zur Agnatenklasse. §. 64. 12

2) Ihr Verhältniß zur Gentilenklasse. §. 65. 19

3) Die Zeit ihrer Einführung. Bedingende und vernichtende Beweise. §. 66. 21

II. Bonorum possessio unde vir et uxor. §. 67. 25

Zweites Kapitel.

Erweiterungen des Notherbenrechts durch die b. p. c. t.

Einleitung.

1) Charakteristik der correctorischen Erbklassen. §. 68. . . . 28

Seite

2) Verschiedene Ansichten über die Einführung der contra tabulas b. p. §. 69. 35

3) Anknüpfungspunkte des Civilrechts. §. 70. 41

4) Der Entstehungsgrund der c. t. b. p. §. 71. 46

I. Die nominelle c. t. b. p.

1) Verschiedene Ansichten. §. 72. 48

2) Das Recht des filius suus jam natus. §. 73. u. 74. . . . 54

3) Das Recht der postumi sui. §. 75. u. 76. 64

II. Das Recht der Accrescenzerben.

1) Grundprincip der c. t. b. p. §. 77. 77

2) Interpretation des fr. 1. de b. p. c. t. §. 78. 83

3) Nebeninstitute für die sui.

a. Die missio ventris nomine. §. 79. 90

b. Das Carbonianum edictum. §. 80. . . . 98

III. Das Recht der Emancipirten. §. 81. 107

IV. Wirkungen der c. t. b. p.

1) Allgemeiner Gesichtspunkt; und die Institution der extranei §. 82. 112

2) Die Enterbungen, Vormundschaftsernennungen, Pupillarsubstitutionen und Freiheitsertheilungen. Bedeutung der her. aditio von Seiten des scriptus heres §. 83. 120

3) Die Vermächtnisse, und das Recht der instituirten conjunctae personae. §. 84. 127

V. Die abgeleitete c. t. b. p.

1) Bedeutung des commissum per al. edictum. §. 85. . . . 138

2) Das Recht der instituirten in adoptionem dati. Gesammtüberblick über die Subjecte der c. t. Allgemeines Urtheil über den Werth des ganzen Instituts. §. 86. . . . 148

VI. Das Edictum de conjungendis cum emancipato liberis. §. 87. 153

VII. Die Berücksichtigungsvorschriften der c. t. b. p.

1) Die bedingten Einsetzungen §. 88. u. 89. und Enterbungen. §. 90. 160

Seite

2) Die Berücksichtigung der Notherben bei allen Graden.

a. Die Grundsätze bei der wahren c. t. §. 91. . . 173

b. Die Grundsätze bei der nominellen c. t. §. 92. . 179

VIII. Concurrenz der civilen und Prätorischen Notherben.

1) Der civile Notherbe ist instituirt. §. 93. 185

2) Der civile Notherbe ist exheredirt. §. 94. 191

3) Der civile Notherbe ist präterirt.

a. Die Grundsätze des Prätorischen Rechts, und die ferneren streitigen Entwicklungen der Römischen Jurisprudenz. §. 95. 194

b. Unterscheidung der drei Fälle des präterirten, exheredirten und instituirten Prätorischen Notherben. §. 96. 203

IX. Bedingende und vernichtende Beweise bei der c. t. b. p. §. 97. u. 98. 208

Drittes Kapitel.

Die historischen Veranlassungsgründe und Folgen der c. t. b. p.

Einleitung. §. 99. 219

I. Das Recht der postumi sui.

1) Die Ausdehnung der lex Junia Velleja auf die juristischen postumi. §. 100. 220

2) Einführungszeit der lex Junia Velleja und der c. t. b. p. §. 101. 230

3) Die Entstehung der Präteritionsregel über namentliche Exheredation der sui virilis sexus. §. 102. 233

II. Die bon. poss. unde liberi. §. 103. 243

Viertes Kapitel.

Veränderungen der sec. tab. b. p. in der klassischen Juristenzeit.

Allgemeiner Gesichtspunkt. §. 104. 250

Seite

I. Die Prätorischen Veränderungen.

1) Die Bedeutung der neuen Prätorischen Regel und ihr Verhältniß zum Rechte der Civilerben. §. 105. 254

2) Die einzelnen Fälle der civilrechtlich ungültigen vom Prätor aufrechterhaltenen Testamente.

a. test. ab initio non jure factum. §. 106. . . . 263

b. test. jure factum, postea irritum factum. §. 107. 270

c. test. jure factum, postea ruptum. §. 108. . . 274

d. Aufrechthaltung des Test. in Folge des Abstinirens eines präterirten suus. §. 109. 279

II. Die kaiserlichen Rescripte.

1) Das testamentum posterius imperfectum. }
2) Das testamentum ruptum. . . . . . } §. 110. . . . 282

3) Das Rescript Mark Aurels über das non jure factum test. §. 111. (Am Ende des § (S. 295.) Rückblick auf das ganze System der Prätorischen Klassen). 292

Fünftes Kapitel.

Delation und Acquisition der b. p.

I. Die Handhabung der Agnitionsfristen. §. 112. 299

II. Die Feststellung der zur Agnition gehörigen Voraussetzungen. §. 113. (Hiebei von der b. p. decretalis.). 308

III. Verhältniß des successorium edictum zum jus deliberandi. §. 114. 319

Zweites Buch.

Die Erweiterungen
der
bonorum possessio
unter dem Prätor.

Einleitung.

§. 62. In dem ersten Buche dieses Werks ist die ursprüngliche Gestalt der **bonorum possessio** dargestellt worden. Der Begriff, welcher ihr von Anfang an zum Grunde lag, bestand auch noch zur Zeit der klassischen Juristen. Nur an Umfang hat das Institut nach und nach wesentlich zugenommen, ohne dadurch seinen bisherigen Begriff zu verlieren. Wir *könnten* uns, wie schon im ersten Bande hervorgehoben ist, diese Erweiterungen ganz wegdenken, ohne daß damit die ganze **b. p.** geläugnet werde; es sind also Institute, die ihre eigenen Veranlassungsgründe haben, welche nicht zugleich den Entstehungsgrund der gesammten **b. p.** enthalten. Die Darstellung aller dieser zu der ursprünglichen Gestalt der **b. p.** hinzugetretenen Bestandtheile wird uns in diesem zweiten Buche beschäftigen. Wir haben den eigenthümlichen Ursachen eines jeden nachzuforschen, indem uns dies in doppelter Hinsicht Nutzen gewährt. Einestheils wird dadurch unser Beweis über die Entstehung der ursprünglichen **b. p.** vervollständigt, indem, wenn wir wissen, daß einzelne Theile ihre eigenthümliche Veranlassung gehabt haben, damit die Möglichkeit ausgeschlossen ist, daß aus ihnen die Entstehung des Ganzen abgeleitet werden könnte. Anderntheils aber dienen diese besondern Veranlassungsgründe zur Erfassung des inneren Wesens der neu hinzutretenden Lehren selbst. Und dies zu erkennen, und gehörig zu verstehen, wie sich die hinzukommenden Institute an den eigentlichen Kern des ganzen Systems der **b. p.** angeschlossen haben, ist ja hier unsere Hauptaufgabe.

Alle diese jetzt darzustellenden Theile unserer Lehre sind entstanden zu einer Zeit, wo noch der Prätor selbstthätig die Erbschaftsangelegenheiten mittelst der im Edict aufgestellten Sätze regulirte, sie sind auch meist durch den Prätor selbst entstanden. Die Zeit, in der sie geschaffen wurden, ist die Blüthe der Römischen Jurisprudenz, wir haben hier also schon von vorn herein scharfe, consequente, und bewußte Rechtsbildungen zu erwarten.

Der vor uns liegende Stoff zerlegt sich nun in fünf Kapitel. Die kleine Zahl der Erbklassen, welche der Prätor dem Civilrechte entlehnt hatte, **sec. tab.** — und **ab intestato** die drei legitimen Klassen der **sui** — **agnati** — **gentiles** (**confirmandi juris civ. gr.**)[1]), wurde zuerst dadurch vervollständigt, daß man hinter ihnen zwei neue Erbklassen **unde cognati** und **unde vir et uxor** aufstellte (**supplendi jur. civ. gratia**). Kap. I. — Es wurde dann sogar eine Klasse geschaffen, die allen, auch der **sec. tab.** vorgehen sollte. Diese **contra tabulas b. p.** ist freilich nur auf einen an und für sich engen Kreis berechnet, nämlich auf die Beerbung eines Hausvaters, der seine Kinder nicht gehörig berücksichtigt hat. Aber dafür ist es ein desto exorbitanteres Recht, welches der weitläuftigen Untersuchung in Bezug auf sein inneres Wesen und seine Entstehungsgründe bedarf. Kap. II. — Diese **contra tabulas b. p.** ist dann noch, abgesehen von der auf sie selbst gerichteten Prüfung, in ihrem Verhältniß zu anderen Instituten des Erbrechts ins Auge zu fassen. Dies sind theils solche, die besondere Gründe zur Erklärung der **c. t. b. p.** selbst darbieten, theils wieder aus dieser ihre Erklärung schöpfen. Letzteres ist die **b. p. unde liberi**, welche ebenso wie die **c. t.** eine **corrigendi juris civilis gratia** proponirte Klasse heißt, und zwischen der **sec. tabulas** und der ersten Klasse der **legitimi** eingeschoben wurde. Kap. III. — Zuletzt sind noch die Umgestaltungen der **sec. tabulas b. p.** darzustellen, welche dieser Klasse, die ursprünglich rein **confirmandi jur. civ. gratia** aufgestellt worden war, in gewissen Ausnahmsfällen den Charakter einer **supplendi**, ja später so-

1) §. 1. I. de b. p.

gar in Folge kaiserlicher Einwirkung einer **corrigendi causa** gegebenen ertheilte. Kap. IV. — Nachdem wir so den Ueberblick über das ganze Prätorische System gewonnen haben werden, sind die Grundsätze zu prüfen, nach welchen diese einzelnen Klassen vom Prätor gehandhabt wurden, also die Delation und Acquisition der **b. p.** so wie die Rückwirkungen, welche diese Prätorischen Grundsätze wieder auf das Civilrecht äußerten. Kap. V.

Erst wenn wir so das ganze Gebiet des Prätorischen Erbrechts in der klassischen Jurisprudenz durchmessen haben werden, läßt sich weiter untersuchen, was sich mit denselben in den späteren Zeiten zugetragen hat, wo kein Prätor, keine Juristen mehr vorhanden waren, welche so wie bisher die Träger und Stützen der von ihnen geschaffenen Lehre hätten sein können.

Erstes Kapitel.

Die suppletorischen Erweiterungen der Intestaterbfolge.

§. 63. Es finden sich unter den Intestat=Delationsgründen mehre Klassen, die sich nur auf Prätorische Jurisdiction gründen. Dahin gehört das Erbrecht der Emancipirten, der Cognaten, und der Ehegatten. Weil indeß das Erstere wesentlich mit den Prätorischen Neuerungen im Notherbenrecht zusammenhängt, so werden wir uns in diesem ersten Kapitel nur mit den letzteren beiden Punkten zu beschäftigen haben.

Ein einziger Blick auf das alte Civilrecht zeigt uns die große Beschränktheit der zur Erbfolge berufenen Klassen. Haben wir es nun als die Entstehungsursache der b. p. erkannt, daß das öffentliche Interesse dem Prätor die Pflicht auflegte, für die Constituirung eines Repräsentanten des heres zu sorgen, so werden wir zugleich einsehen, daß durch Einführung der successio unter den civilrechtlichen ordines jenes Bedürfniß, dem man um der sacra und Gläubiger willen abhelfen mußte, nur erst dürftig befriedigt worden war. Sehr leicht konnten die Fristen der b. p. sämmtlich unbenutzt verstrichen sein. Wenn kein Testament, und keine sui vorhanden waren, dagegen wohl eine große Zahl von hinter einander stehenden Agnaten und von Gentilen, so kam doch Alles, wie ich im ersten Bande (S. 211) nachgewiesen zu haben glaube, lediglich auf die Agnition des proximus agnatus an. Dieser

stand einer ferneren Delation der b. p. an die übrigen Agnaten, und Letztere wieder einer weiteren Berufung der Gentilen entgegen. Die Güter waren, wenn der proximus agnatus nicht antrat, nach civilem wie Prätorischem Rechte erblos.

Dasselbe Bedürfniß, welches die b. p. hervorgerufen hatte, mußte also auch fortwirken, um eine Vervollständigung derselben herbeizuführen. Was lag näher, als daß der Prätor mit der Zeit darauf kam, neue ordines hinter den alten aufzustellen, worin er nach vergeblich verstrichenen Fristen Personen zur Succession berief, die freilich nach Civilrecht nie Erben werden konnten, die aber doch werth waren, um der sacra und creditores willen und überhaupt auch wegen ihres eigenen nahen Verhältnisses zum Erblasser, so lange loco heredis constituirt zu werden, bis etwa der wahre heres sein Recht in Anspruch nehmen würde?

Das Wesen der b. p. ist fingirte Universalsuccession. Der erste Schritt, und der offenbar am nächsten liegende war doch, daß man diejenigen als heredes fingirte, welche es freilich nach Civilrecht nicht waren, aber es gewesen sein würden, wenn ihnen nicht eine frühere Klasse im Wege stände. Der zweite Schritt ist jetzt, daß man Personen ruft, welche nicht bloß im vorliegenden Fall, sondern überhaupt nie heredes sein können. Beide Schritte hat der Prätor gethan, so viel ist gewiß, und so kann denn auch nach ihrer inneren Bedeutung kaum ein Bedenken statt finden, daß er den zweiten Schritt nicht vor dem ersten gemacht haben werde. Der Begriff des fingirten Erbrechts lag doch bei denen am Nächsten, welche wirklich in abstracto, und nur nicht im einzelnen concreten Fall Erbrecht haben. Als dies vorlag, konnte man daran auch Andere anknüpfen, welche selbst in abstracto kein Civilerbrecht hatten. Wollten wir uns aber den ersten Schritt hinwegdenken, so fehlt ganz die Brücke, um uns in natürlicher Weise den zweiten zu erklären.

Savigny hat in der That diese Ansicht aufgestellt [1]), und ich muß hier noch genauer auf dieselbe eingehen, während schon aus dem ersten Bande genügend hervorgegangen

1) Zeitschrift für gesch. R. W. V. S. 14.

sein wird, daß ich derselben nicht beitreten kann. Es soll demnach in der Aufstellung neuer **ordines** zu Gunsten gewisser vom Civilrecht nicht berücksichtigter Personen (also Emancipirte, Cognaten, Ehegatten) der Ursprung der ganzen **b. p.** zu finden sein. Wir können, obgleich hier von den Emancipirten [2]) noch nicht die Rede ist, doch schon die allgemeinen Gründe zusammenstellen, welche dieser Auffassung entgegenstehen. — Beweise aus den Quellen lassen sich für dieselbe nicht vorbringen. Es kommt also nur auf die innere Wahrscheinlichkeit an, mit der aus ihr das ganze System der **b. p.** erklärt werden kann. Dazu aber ist sie, wie mich dünkt, nicht geeignet.

1. Es läßt sich die Annahme, daß der Prätor, um gewissen Personen das Vermögen zuzuwenden, die **b. p.** eingeführt habe, gar nicht wohl vereinigen mit seiner Bestimmung, die er doch entschieden auch getroffen hat, daß namentlich unter den civilrechtlichen **ordines** eine **successio** statt finden solle [2a]). Wollte er Cognaten und Ehegatten rufen, so hatte er doch genügende Rücksicht auf das Civilrecht genommen, wenn er edicirte: »Falls der **heres** nicht auftritt in bestimmter Zeit, soll der Cognat gerufen werden.« Wie soll es sich erklären lassen, daß der Prätor nun doch unter den civilrechtlichen **ordines** eine Reihenfolge machte, also wenn der **heres** in der ersten Klasse stand, erst noch die übrigen **ordines**, die das Civilrecht ja gar nicht rief, den Cognaten und Ehegatten, um derentwillen das ganze Institut hervorgerufen wäre, vorausstellte? Wenn ein **suus** vorhanden war, warum noch erst die Agnaten hinterdrein rufen, wenn man doch eigentlich den Cognaten das Vermögen zuwenden wollte, — warum seinem Zwecke selbst Hindernisse in den Weg stellen, wozu das Civil-

---

2) Daß nämlich höchstens die Cognaten und Ehegatten, nicht aber die Emancipirten zur Erklärung des Ursprungs der b. p. benutzt werden können, wird aus der Darstellung des zweiten und dritten Kapitels hervorgehen, wo es nachzuweisen ist, daß der c. t. und unde liberi b. p. ganz eigenthümliche Entstehungsursachen zum Grunde liegen.

2a) S. besonders Gai. III. 37 und überhaupt das Bd. I. Einl. S. XV. Gesagte; s. ferner unten §. 66. Note 2 und §. 68. Note 2.

recht gar keine Veranlassung gab, und wodurch der Zweck in sehr vielen Fällen ganz unerreicht bleiben mußte?

Man kann nicht einwenden, die successiven Fristbestimmungen für die civilrechtlichen Erben seien nothwendig gewesen, um zu wissen, daß kein heres vorhanden wäre, in dessen Ermangelung nun die Cognaten das Vermögen erhalten sollten. Ein so unzureichendes, ja sogar dem Zweck entgegenstehendes Mittel würde doch der Prätor wahrlich nicht gewählt haben. Man sieht so deutlich, daß den heredes nicht deßhalb eine Frist gesetzt wird, um wirklich mit Sicherheit zu erfahren, ob Civilerben vorhanden seien, sondern nur um einen genügenden Grund zu haben, ihr Nichtvorhandensein präsumiren zu dürfen [3]). Also den Zweck, den Cognaten dauernd das Vermögen zu verschaffen, können wir nicht als das Vorherrschende betrachten, der Prätor hätte vielmehr um dieses Zweckes willen dem säumigen heres, ebenso wie er es beim **spatium deliberandi** that, die Klagen nach Ablauf der Frist denegiren müssen, während doch in der That der heres noch immer die b. p. des Cognaten zur sine re machen konnte. Und ferner würde jener Zweck auch nur dahin geführt haben, lediglich dem vom Civilrecht gleichviel in welcher Klasse gerufenen heres eine Frist zu setzen, der Prätor hätte ediciren müssen, wenn dieser heres, sei es nun ein scriptus oder einer aus den drei Intestatklassen, nicht in bestimmter Frist anträte, so sollten gleich die Cognaten und dann die Ehegatten gerufen werden. Dadurch aber, daß man nun hinter diesem heres noch die anderen Civilklassen, die beim Vorhandensein einer früheren Klasse nicht heredes waren, rief, wurde es um nichts sicherer, ob der wahre heres die Erbschaft haben wollte, und es entstand nun umgekehrt die Möglichkeit, daß zwischen den heres und den Cognaten sich andere Personen stellten, welche ohne heredes zu sein, den Zweck des Prätors, in Ermangelung des heres die Cognaten zu rufen, vereitelt hätten. Und ein solches Institut, das ganz andere Resultate hervorbrachte, als man beabsichtigte, kann man doch den Römern nicht zutrauen.

---

3) Fr. 1. §. 10. de succ. ed.

Hieraus folgt, daß die von Savigny aufgestellte Voraussetzung, welche der Entstehungsgrund der b. p. gewesen sein soll, mit der vom Prätor eingeführten successio unter den civilrechtlichen ordines im Widerspruch steht, daß also, wenn jene richtig wäre, wir unmöglich diese im Römischen Rechte finden dürften. Und daran ändert es nichts, ob wir uns diese ordinum successio unter den legitimi gleich anfangs mit der Cognatenklasse eingeführt, oder sie erst später hinzugekommen denken wollten.

Ganz anders aber stellt sich die Sache, wenn wir den historischen Verlauf umgekehrt anordnen; d. h. das successorium edictum unter den Civilklassen als das frühere schon selbständig Bestehende annehmen, an das sich dann die Klasse der Cognaten und Ehegatten freilich sehr natürlich anknüpfte. Wir sprechen hier ja bloß von der inneren Wahrscheinlichkeit, und ich sehe ganz ab von den besonderen Beweisen, welche ich für die ursprüngliche Gestalt des successorium edictum schon vorgebracht habe, und anderntheils für die singulären Entstehungsgründe der suppletorischen und correctorischen Erbklassen noch vorbringen werde. Nach dieser inneren Wahrscheinlichkeit aber charakterisirt sich doch gleich, wie ich vorher schon ausführte, die successio unter den Civilklassen als der erste, die Aufstellung neuer ordines als der zweite Schritt.

2. Aber ich kann auch das nicht einmal zugeben, daß, angenommen die b. p. bestand schon als successorium edictum für scripti und legitimi, die Hinzufügung der Cognaten und Ehegatten lediglich aus dem Interesse dieser hier gerufenen Personen zu erklären sei. Auch dann noch hätte die b. p. anders gestaltet werden müssen, der Prätor würde mit dem Ablauf der den Civilklassen angesetzten Fristen, eine Denegation der her. pet. also eine Ausschließung der b. p. sine re verbunden haben [4]). Der eigentliche Grund, welcher diese

4) Wenn überhaupt der Prätor die fragliche Absicht gehabt hätte, so würde er das angegebene Mittel ganz unbedenklich haben anwenden können. Durfte er doch sogar einem unter casueller Bedingung eingesetzten Erben, wegen des Interesses der Creditoren, eine Deliberationsfrist setzen, nach deren Ablauf, wenn auch die Bedingung

Klassen hervorrief, war derselbe, der die **b. p.** überhaupt erzeugte, das Interesse der Creditoren. Da das Civilrecht so wenige Klassen darbot, so mußten neue gemacht werden, die den Gläubigern gegenübertraten, wenn der **heres** säumig oder gar nicht vorhanden war. In so weit kommt das eigene Interesse der Gerufenen noch gar nicht in Betracht. — Daß dieß so sei, beweist sich eben schon aus der Gestalt dieser **b. p. unde cognati** und **vir et uxor**, bei denen man ganz so wie bisher den Satz bestehen ließ, auch der säumige **heres** könne ihnen noch immer die Erbschaft wieder abfordern. In diesem Fall also hatten sie nichts als Weitläuftigkeiten und keinen Vortheil von der Agnition der **b. p.** gehabt.

Daß man neuer Klassen bedurfte, erklärt sich aus dem Interesse der Gläubiger; daß man nun aber in die neu aufzustellenden Klassen gerade die Personen rief, welche wir hier finden, das rechtfertigt sich allerdings sehr natürlich aus ihrem nahen Verhältniß zum Erblasser, in Folge dessen sie die Nächsten waren, denen man, falls der **heres** die **her. pet.** nicht *anstellen* wollte, das Behalten der **bona** gönnen konnte. — Es wird sich dies, wie wir sehen werden, nachher noch genauer beweisen lassen.

3. Auch dem materiellen Begriff, welchen Savigny für die den Cognaten rc. gegebene **b. p.** construirt, kann ich nicht beistimmen. Der Prätor habe für die von ihm Gerufenen in Bezug auf die obligatorischen Verhältnisse **fictitiae actiones** aufgestellt; rücksichtlich des Eigenthums habe er ihm das Recht der **pro her. usucapio** verliehen, und zum Beginn dieser Usucapion das **Int. quor. bon.** [5]). Als aber das Recht des natürlichen Eigenthums (**in bonis**) in der Folge aufgekommen, sei dies natürlicher Weise auch dem **b. possessor** eingeräumt worden, so daß man nun immer mehr die **b. p.** als ein der **hereditas** gleichartiges Recht ansehen konnte.

---

noch gar nicht eingetreten, also der heres ganz ohne Schuld war, das Vermögen den Creditoren überwiesen wurde. Fr. 23. §. 2. de her. inst.

5) Ich bemerke hiergegen nichts weiter, mich auf die Darstellung dieser Punkte im ersten Bande berufend. S. auch namentlich Einleitung S. XXVI. Not. 14.

Wenn die b. p. der Cognaten cum re war, so enthielt sie allerdings ein der hereditas materiell gleiches Recht, aber gerade weil dies keineswegs im Voraus sicher ist, weil dem heres die her. pet. gegen die suppletorischen Erbklassen nicht denegirt wird, so war doch durch dieselben eine Umgestaltung des ursprünglichen Begriffs der b. p. nicht möglich. Dies definitive Erbewerden ist auch zur Zeit der klassischen Juristen, trotz der damals schon vollkommen ausgebildeten correctorischen und suppletorischen Klassen, noch immer kein wesentliches Requisit der b. p., während es allerdings ein nothwendiger Bestandtheil im Begriff der hereditas ist. Die Juristen behandeln die b. p. noch immer als das, was die Worte buchstäblich sagen: Besitz des Erbrechts. Ob dieser Besitz dauernden effectus haben werde oder nicht, ist eine weitere Unterscheidung, die an und für sich im Begriff der b. p. noch nicht enthalten ist [6]). Was daher als weiteres Ergebniß der b. p. cum re erscheint, und dahin gehört ja namentlich, daß sie das in bonis gewähre, das afficirt das Wesen der b. p. nicht. So kommt es, daß wenn wir sie freilich von Anfang an als eine Universalsuccession anzusehen haben, wir sie doch auch in der Blüthe der Jurisprudenz noch nicht als ein der hereditas materiell gleichartiges Recht auffassen dürfen. Dies wird noch deutlicher werden, wenn wir dem die Umgestaltung der b. p. in der späteren Kaiserzeit gegenüberstellen, weßhalb ich hier auf die im folgenden Buche zu gebenden Entwicklungen verweisen kann.

§. 64. Nach diesen Vorbemerkungen haben wir genauer auf die Quellen einzugehen, und daraus den Entstehungsgrund der Cognaten- und der Ehegattenklasse zu rechtfertigen. Aus Ulpian in fr. 1. pr. unde cogn. und fr. un. unde vir et uxor ist darüber nichts zu schöpfen, wohl aber aus Gaius III. 33., dessen hier nicht ganz leserliche Worte wir wohl unbedenklich aus den Justinianeischen Institutionen ergänzen dürfen.

---

6) Ulpian XXVIII. 12. 13. sondert in diesen beiden Paragraphen genau den eigentlichen Begriff der b. p. und die Eintheilung in cum und sine re. Letztere ist ebensosehr eine wahre b. p. wie die Erstere.

Nachdem er vorher von dem **ordo unde liberi**, so wie den nach Civilrecht von der Agnatenklasse Ausgeschlossenen gesprochen, und den Begriff der **b. p.** ähnlich wie Ulpian **XXVIII. 12.** angegeben hat, fährt er mit wenigstens theilweiser Beziehung auf die Klassen, von denen hier die Rede ist [1]), so fort:

Adhuc autem alios complures gradus praetor facit in bonorum possessione danda, dum id agit, ne quis sine successore moriatur.

Gaius giebt hier sehr deutlich an, daß der Hauptzweck der ganz neu vom Prätor eingeführten **ordines** nicht die Befriedigung bisher vernachlässigter Personen gewesen sei, sondern gerade das, was wir überhaupt als Entstehung der **b. p.** erkannt haben. Der Prätor mußte es sich angelegen sein lassen, daß Niemand **sine successore** stürbe. Es ist dies eine durch das öffentliche Interesse gebotene Rücksicht, hinter welche das der hier gerufenen Personen so sehr zurücktritt, daß Gaius Letzteres gar nicht erwähnt. Auch sieht man, daß er die von ihm hervorgehobene Absicht des Prätors gar nicht bloß auf die Klassen bezieht, an die er gerade denkt. Er sagt nur, daß sie sich auch bei diesen zeige, und wir können daher seine Worte auch so umstellen: **in danda bonorum possessione praetor id agit, ne quis sine successore moriatur, quare etiam alios complures gradus facit.** Dies bestätigt also vollkommen das schon im ersten Bande über den Ursprung der **b. p.** Gesagte.

Wenn nun aber auch Gaius sich hier gar nicht darauf einläßt, die neuen Klassen daraus zu erklären, daß es billig gewesen sei, gewisse dem Civilrecht unbekannte Personen zu rufen, so können wir dennoch nicht zweifeln, daß die innere Gestaltung dieser Klassen, welche schon das Interesse der Creditoren forderte, ganz nach der **naturalis aequitas** eingerichtet sein wird. Man rief darin diejenigen, welche die natürliche Rechtsanschauung der damaligen Zeit in Ermangelung der Civilklassen dem Erblasser am nächsten stellte [2]). Wie und zu

---

1) Gaius denkt auch gewiß noch an die besonderen Klassen beim Tode eines Freigelassenen.

2) Und die auch bisher wohl meistens schon, wenn die **heredes** gegen

welcher Zeit die Römer hiezu gelangten, ist jetzt im Einzelnen nachzuweisen.

1. Die b. p. unde cognati.

Die Engigkeit und Unbeholfenheit, mit der das alte Civilrecht den drei Intestatklassen deferirte, war zu bedeutend, als daß nicht mit der Zeit den Römern selbst eine Abänderung wünschenswerth erscheinen mußte. Neuere Schriftsteller haben nun, wie Bd. I. S. 206 angegeben ist, die erste Aenderung darin gesucht, daß auch schon nach Civilrecht eine successio der Gentilen auf die Agnatenklasse eingeführt worden sei, und diejenigen, welche dies behaupten, werden jedenfalls meinen, daß dies dann auch der Prätor anerkannt habe.

Wenn man mir nun vielleicht zugeben wird, daß jedenfalls im Civilrecht diese Rechtsänderung nicht zu finden ist [3]), so wird man doch, wie ich vermuthe, geneigt sein, sie wenigstens dem Prätorischen Rechte zuzuschreiben. Und allerdings ist auch daran, wie ich schon oben hervorgehoben habe, in soweit nicht zu zweifeln, daß, wenn nur Agnaten eines Grades vorhanden waren, und die b. p. nicht erbaten, diese nun den Gentilen deferirt wurde. Falls aber zwischen den proximi agnati und den Gentilen entferntere Agnaten standen, scheint mir eine Berufung der Gentilen auch nach dem Prätorischen

---

sie nicht auftraten, durch eigenmächtige Besitzergreifung und pro herede usucapio zur Erbschaft gelangten. Diese Berücksichtigung der aequitas wird von Cicero Or. part. c. 28 ausdrücklich hervorgehoben: aut quum hereditatis, sine lege (d. h. welche keine b. p. unde legitimi ist) aut sine testamento, petitur possessio, in quibus causis quid aequius aequissimumve sit, quaeritur; quas ad causas facultas petitur argumentationum ex iis, de quibus mox dicetur, aequitatis locis.

3) Für die Richtigkeit dieser Ansicht läßt sich auch noch die Collatio XVI. 3. §. 3. anführen: Intestatorum hereditas lege duodecim tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis, et aliquando quoque gentilibus deferebatur. Das aliquando kann ehemals, aber auch zuweilen heißen. In letzterem Falle bedeutete es also, daß Gentilen vorhanden sein, und doch nicht immer heredes werden konnten.

Edicte unmöglich. An die Gründe, womit ich dies bereits im ersten Bande bewiesen zu haben glaube, knüpfe ich hier an, indem gerade die eigenthümlichen Veranlassungsursachen, welche uns für die neu aufgestellten **ordines** in den Quellen mitgetheilt werden, einen neuen Beweis für jenen Satz enthalten, ja, wie mir scheint, ohne denselben gar nicht recht verständlich sein würden.

Man könnte nämlich (und ich gehe wohl nicht zu weit, wenn ich diesen Gedanken bei den meisten neueren Schriftstellern voraussetze) die Entstehung der **b. p. unde cognati** folgendermaßen rechtfertigen wollen. Dem Prätor sei es unpassend vorgekommen, daß das bisherige Intestat-Erbrecht auf Agnation basirt worden sei [4]), er habe demselben deßhalb ein ganz neues Princip substituiren wollen, die Cognation. Freilich habe er das bisherige Civilrecht nicht vernichten können, und so wäre sein neues Princip nur suppletorisch demselben angefügt worden. — Zu dieser Ansicht paßt aber gar nicht recht die frühe Zeit, in die, wie wir sehen werden, die **b. p. unde cognati** bereits zu setzen ist, und in der die Agnation noch so sehr fest in der Römischen Rechtsansicht wurzelte, es paßt ferner nicht, daß eben diese Klasse nur suppletorisch an das civile System angefügt wurde. Wenn die damalige Zeit die Agnation schon für so unpassend gehalten hätte, das Erbrecht darauf zu bauen, so würde der Prätor, das natürliche Organ der Volksansichten, leicht Mittel und Wege haben finden können, um correctorisch gegen das Civilrecht aufzutreten. Es würde uns endlich, wenn die Absicht des Prätors gleich von vorn herein auf ein neues System des Erbrechts ging, wundern müssen, daß innerhalb des großen Kreises der Cognaten nicht noch wieder mehre Klassen unterschieden worden wären, während doch **parentes**, **liberi**, und Seitenverwandten, deren verschiedene Stellung die Römer sehr wohl

---

4) Auch die Gentilen sind ja fingirte Agnaten, durch einen sagenhaften Stammvater als den pater familias zusammengehalten. Und so stehen ihnen, wenn wahre Agnation sich nicht beweisen läßt, von selbst die Agnatenrechte zu.

zu unterscheiden wissen, lediglich nach der Gradesnähe durcheinander geworfen sind [5]).

Schon dies führt uns auf die Vermuthung, daß die Cognatenklasse einen singulären Entstehungsgrund gehabt haben werde. Und dieser läßt sich nun auch, wie mich däucht, mit ziemlicher Sicherheit nachweisen.

Wenn den Römern es auffallen mußte, daß, sobald hinter einem **proximus agnatus** noch entferntere Agnaten und außerdem Gentilen vorhanden waren, Beide von der Erbschaft ausgeschlossen sein sollten, — so konnten sie doch wohl nicht zweifelhaft sein, wem von Beiden bei einer vorzunehmenden Rechtsänderung der Vorzug gebühre. Man mußte zuerst darauf denken die übrigen Agnaten zuzulassen, war aber diesen geholfen, so war damit schon genügend für einen **successor** des Verstorbenen gesorgt, und man brauchte nicht auch noch den Gentilen mehr Recht zu geben, als sie nach den 12 Tafeln hatten, da ja dieß Verhältniß in der damaligen Zeit schon sehr untergeordnete Bedeutung hatte.

Also den ferneren Agnaten mußte, das war ein der Römischen Anschauung nahe liegender Punkt, die Möglichkeit gegeben werden, zur Erbschaft zu gelangen. Aber im **ordo unde legitimi** eine **graduum successio** einführen, das war wiederum etwas den Römischen Ideen völlig Widersprechendes. Jemanden als **legitimus** rufen, und doch die Regeln der **lex** hintansetzen, schien nun einmal nicht möglich. Mogten auch spätere Juristen sich darüber hinwegsetzen wollen, die Prätorische Praxis ist es nie geworden [6]), und in der Zeit, wo die Klasse **unde cognati** eingeführt wurde, wird auch noch kein Jurist eine solche Behauptung gewagt haben.

In unseren Quellen wird nun in der That die Cognatenklasse so aufgefaßt, als sei sie vorzüglich zu dem Zwecke vor-

5) Fr. 1. §. 5—8. unde cognati.

6) S. auch noch fr. 2. §. 5. de suis et legit. Interdum ulteriorem agnatum admittimus, utputa fecit quis testamentum, quum haberet patruum, et patrui filium; deliberante herede scripto patruus decessit, mox heres institutus repudiavit hereditatem; patrui filius admittetur; ergo et bonorum possessionem petere potest.

handen, um die nur durch **juris scrupulositas** von der Agnatenklasse Ausgeschlossenen herbeizuziehen. Und es liegt auch so nahe, daß die Römer, wenn sie dieselben nicht als **legitimi** rufen konnten, darauf kamen, ihre Berechtigung auf die Cognation zu stützen. So stellt uns zuerst Gaius die Sache dar, welcher, nachdem er die Mängel angegeben hat, welche die civilrechtlichen Klassen der **sui** und **agnati** enthielten, hinzufügt:

> **III. 25. Sed hae juris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt.**

Diese Emendation sei erlangt durch den **ordo unde liberi** und **unde cognati**, und so zeigt denn auch seine weitere Darstellung in den §. 27—31, daß er den **tertius gradus** d. h. die Cognatenklasse, nicht als ein ganz neues im Gegensatz des Civilrechts aufgestelltes Erbrechtsprincip, sondern recht eigentlich als eine Emendation des Agnatenerbrechts und nebenbei auch des der **sui** auffaßt.

Ganz ebenso wie Gaius, stellen auch die Justinianeischen Institutionen die Sache dar [7]), und wenn auch Beide noch andere Verbesserungen hervorheben, welche der Prätor außer der den entfernteren **agnati** gegebenen **successio** herbeigeführt habe [8]), so dürfen wir doch wohl Letzteres als den ganz besonders hervortretenden Grund annehmen, da es ja das Nächstliegende war, wenn der Prätor **id agit, ne quis sine successore moriatur.**

Jedenfalls sehen wir, daß die Römer die **b. p. unde cognati** als eine Emendation der Agnatenklasse auffassen, und so finden wir denn auch hier, was uns so häufig im Römischen Rechte begegnet. Der Grund der Rechtsfortbildung ist meist nicht das Streben umfassende neue Principien in das Recht einzuführen, sondern die Veranlassung ist gewöhnlich kleinerer Art, es sollte eine Verbesserung in einzelnen Punkten des bestehenden Rechtes eintreten. Die Agnatenklasse bedurfte deren in mancher Hinsicht, man schuf darum **emendandi juris civilis causa** die Cognatenclasse, und so erklärt es sich

---

7) §. 2 u. 7. I. de legit.

8) z. B. die Berufung der **agnati capite deminuti**, der **feminae quae consanguineorum gradum excedunt.**

denn nun auch vollkommen, daß ebenso wie bei den Agnaten rein die **Gradesnähe** entscheiden sollte [9]). Aber da man nun einmal von den Fesseln der **b. p. unde legitimi** frei war, so verstand es sich von selbst, daß man nicht bloß vom **proximus agnatus** auf den ersten nächstfolgenden Cognaten ging, sondern überhaupt eine ganz vollständige **graduum successio** zuließ [10]).

Als Ausbildung der Agnatenklasse läßt sich die **b. p. unde cognati** loben, als absichtliche Basirung des Erbrechts auf das Cognationsprincip würde man sie höchst unvollkommen nennen müssen. Aber eben diese Cognatenklasse mußte erst gehörige Zeit im Rechtsleben sich eingenistet haben, ehe die Römische Anschauung, die nun einmal bisher das Erbrecht als Ausfluß der Agnation betrachtet hatte, sich umbilden konnte. Da man das Recht der vom zweiten **gradus** Ausgeschlossenen lediglich auf Cognation hatte stützen können, so wurden natürlich jetzt auch Personen zugelassen, die (wie die Mutter gegen ihre Kinder und umgekehrt) nie mit einander im Agnatenverbande gestanden hatten. Um ihrentwillen war die Klasse nicht eingeführt, aber es schadete auch nichts, daß sie die Vortheile derselben mit genossen. Hiedurch wurde man nun erst darauf geführt, es als passend anzusehen, daß auch die

9) Auch die Redeweise der Römer ist hier ganz so wie bei den Agnaten. Ebenso wie man hier den **proximus agnatus** rief, nannte man auch die neue Klasse: **unde proximi cognati** fr. 1. §. 9. fr. 9. pr. §. 1. unde cogn. fr. 1. pr. quis ordo. fr. 1. §. 9. ad SC. Tertull. Das Wort scheint im Edict gestanden zu haben, weßhalb sich Ulpian fr. 1. 5—8. unde cogn. auf so genaue Interpretation desselben einläßt.

10) Fr. 1. §. 10. unde cogn. Daß man aber bloß bis zum siebten Grad und regelmäßig sogar nur bis zum sechsten die Cognaten zuließ (fr. 1. §. 3. eod.), erklärt sich aus der allgemeinen Anschauung der Römer, welche dem Cognatenkreis überhaupt diese Gränze setzte. Klenze Cognaten und Affinen. Zeitschr. f. gesch. R. W. VI. S. 102. Der Gedanke Goldschmidts (in Grolmann u. Löhrs Magazin III. S. 354.), daß bei der b. p. unde cogn. unter dem siebten Grade nur das Kind eines sobrinus mit einer sobrina gemeint sei, hat keine genügenden Gründe für sich. — Uebrigens sind cognati im juristischen Sinne nur die mortis tempore Concipirten. fr. 6. u. 8. pr. de suis et legit. (welche bei Julian offenbar zusammenhingen).

Cognation zum selbstständigen Grunde des Erbrechts gemacht werde, und daß derselben, gerade weil die **b. p. unde cogn.** nicht von diesem Gesichtspunkte aus eingeführt war, eine genügendere Stellung zu geben sei. Daß **parentes** und **liberi** den Seitenverwandten, auch den agnatischen, vorausgestellt würden, daß sie ein selbst gegen ein Testament zu realisirendes Recht hätten, gehörte wesentlich dazu, sobald man davon sprechen wollte, daß das Römische Erbrecht, wenn es auch die Agnation noch beibehielt, das Princip der Cognation in sich aufgenommen habe. In der That aber gelangte man in gar nicht langer Zeit hierzu. Die Centumvirn gewährten namentlich den **parentes et liberi** die **querela inoff. test.** und eigene Senatusconsulte führten ein an besserer Stelle stehendes Erbrecht der Kinder gegen die Mutter, und der Mutter gegen die Kinder ein. So war wirklich jetzt das Princip geschaffen, das nun nach und nach dem Agnatenrechte immer mehr Boden abgewann, und es am Ende ganz verdrängte. Die **b. p. unde cognati** war, wie mir scheint, sehr viel mehr *die Ursache*, daß sich dies Princip erst bilden konnte, als daß sie bereits als eine Aeußerung seines Vorhandenseins aufzufassen wäre. Indem man das Agnatenrecht emendiren wollte, hatte man eine Bahn betreten, die viel weiter fortführte, als man anfangs im Auge gehabt hatte.

§. 65. Aus der bisherigen Darstellung geht nun auch schon hervor, wie wir uns das Verhältniß der **b. p. unde cognati** zur Gentilenklasse zu denken haben. Beide nämlich bestanden, wie sich entschieden nachweisen läßt, noch zu Cicero's Zeit neben einander. Wenn wir aber in den Quellen die deutliche Hinweisung finden, daß die Cognatenklasse als Emendation der Agnatenklasse aufgefaßt wurde, so folgt sehr natürlich, daß die Berufung der **cognati** gleich hinter der der **agnati** gestanden haben wird. Zu diesem Resultate gelangen wir auch in der That mit dem oben über die **b. p. unde gentiles** Gesagten, und so gewährt es neue Beweiskraft für die Richtigkeit unserer Untersuchungen, daß wir die beiden durch verschiedene Gründe bewiesenen Punkte in genauem Einklange sich verbinden sehen.

An und für sich nämlich muß man allerdings sagen, daß die Cognaten in der Prätorischen Reihenfolge **hinter** den Gentilen stehen. Der **ordo unde legitimi** ist eine Einheit, die, wenn auch in drei Klassen zerfallend, doch eine Auseinanderreißung durch eine zwischengeschobene Prätorische Klasse unmöglich zuläßt, die Quellen sagen entschieden, daß die Cognaten erst hinter den **legitimi** gerufen wurden [1]), also so lange das Recht der Gentilen noch vorhanden war, standen sie als **legitimi** auch in der **b. p.** den Cognaten voran. Aber das kann uns auch gar nicht wundern, da wir gefunden haben, daß die **b. p. unde cogn.** vorzugsweise dazu dienen sollte, um die **ceteri agnati** zuzulassen, da diese aber nie vorhanden waren, wenn Gentilen gerufen wurden, so verstand es sich freilich von selbst, daß die Uebrigen in die **b. p. unde cogn.** mit Aufgenommenen, allerdings erst kommen konnten, wenn die Agnitionsfrist der Gens verstrichen war, so wie diese auch noch immer die **b. p.** zur **sine re** machen durfte. Dagegen wenn hinter einem **proximus agnatus** entferntere Agnaten standen, und das mußte ja ein sehr häufiger Fall sein, so waren die Gentilen jedenfalls von der Succession ausgeschlossen, es wurden also gleich die Cognaten und hinterdrein **vir et uxor** gerufen. Im practischen Resultat gingen mithin doch in den meisten Fällen die prätorischen Erbklassen den wirklich vorhandenen Gentilen vor. Sie konnten die **b. p.** nicht zur **sine re** machen, denn sie hatten ja kein Civilerbrecht, und sie waren von der **b. p.** ausgeschlossen, weil der Prätor, trotz der Präsumtion, der vor ihnen Gerufene (**proximus agnatus**) sei nicht vorhanden [2]), dennoch nicht fingiren konnte, sie seien die vom Civilrecht Gerufenen [3]) (**legitimi**) **heredes**.

So zeigte also die **b. p. unde cognati** sehr häufig auch in der äußeren Fristenfolge, daß sie zur Emendation der Agnatenklasse, gleich an dieselbe sich anknüpfend, aufgestellt wor-

1) Fr. 1. pr. quis ordo — Intestati hi gradus vocantur: primum sui heredes, secundo legitimi, tertio proximi cognati, deinde vir et uxor. fr. 1. §. 1. si tab. test. null.

2) Fr. 1. §. 10. de succ. ed.

3) Tum uti proximum quemque potissimum heredem oportet, ita secundum cum b. p. dabo.

den sei. Und es kann uns nun auch nicht auffallen, daß der Prätor in diesen Fällen, wo Cognaten und Ehegatten vorgingen, nicht darauf kam, etwa hinter diesen Klassen wieder noch eine neue zu proponiren, in der die Gentilen als nicht-legitimi die b. p. erbitten dürften. Für Successoren war durch jene Klassen genug gesorgt, das Gentilenrecht dagegen war damals schon zu sehr veraltet, und dem Erlöschen nahe. Der Prätor brauchte also nicht mehr für sie zu thun, als was ihr Recht als legitimi von selbst mit sich brachte.

Hiemit aber wird es nun noch um so erklärlicher, daß das Erbrecht der Gentilen bis zu Gaius Zeit ganz außer Uebung kam, denn auch wo sie vorhanden waren, wurden sie doch keineswegs immer zu den bona gerufen.

§. 66. Ueber die Zeit, wann die Cognatenklasse aufgekommen sein mag, läßt sich nichts weiter sagen, als daß sie zu Cicero's Zeit entschieden bestand. Wie lange sie damals schon eingeführt war, wird sich wohl nie ausmitteln lassen.

Dies Bestehen zu Cicero's Zeit folgt nun freilich nicht aus den im ersten Bande aus den Verrinen mitgetheilten Edictworten, denn in diesen ist nichts enthalten, als die ordinum successio unter den Civilklassen, aber nichts hindert auch anzunehmen, daß gleich hinter diesen Worten der Cognaten Erwähnung geschehen sei. Cicero spricht nämlich von der ihnen gegebenen b. p. im c. 60 der Rede pro Cluentio [1]).

> Objectum est, C. Vibium Capacem ab hoc A. Cluentio veneno esse sublatum. Opportune adest homo summa fide, et omni virtute praeditus, L. Plaetorius, senator, qui illius Capacis hospes fuit et familiaris; apud hunc ille Romae habitavit, apud

1) Daß es zu Cicero's Zeit überhaupt hereditatis possessiones außer der sec. tab. und unde legitimi gab, folgt auch schon aus der §. 64. Note 2. mitgetheilten Stelle, aus der sich auch allenfalls entnehmen läßt, daß damals die nicht auf Civilrecht ruhenden Klassen im Edicte noch nicht genau regulirt waren, sondern bei der Ertheilung in jedem einzelnen Falle dem Prätor ein freieres Ermessen in Berücksichtigung der aequitas Raum ließen, als dies später der Fall war.

hunc aegrotavit, hujus domi est mortuus. At heres est Cluentius? — Intestatum dico mortuum, possessionemque ejus bonorum praetoris edicto huic illius sororis filio, adolescenti pudentissimo et imprimis honesto, equiti Romano, datam Numerio Cluentio, quem videtis.

Um zu beweisen, daß Aulus Cluentius den Capax nicht ermordet haben könne, argumentirt Cicero so: Aulus würde dies doch nur gethan haben, um, wenn ihn Capax zum Erben eingesetzt hätte, bald zur Erbschaft zu gelangen. „Also er ist doch Erbe? Keineswegs! Capax hat vielmehr gar kein Testament gemacht, und seiner Schwester Sohn, Numerius Cluentius, hat **ab intestato** die **b. p.** erhalten.“

Allerdings ist hier von einem Schwestersohn des Capax, (**illius**, wie er schon vorher zweimal bezeichnet wird) und nicht des Aulus Cluentius die Rede [1a]), ein solcher aber kann nur durch die **b. p. unde cognati** zur Erbschaft gelangen, so daß also das Bestehen derselben zu Cicero's Zeit außer Zweifel gesetzt ist.

Nicht gleiche Beweiskraft möchte ich einer anderen Stelle beilegen, welche Fabricius a. a. O. aus derselben Rede **pro Cluentio** anführt:

c. 15. Avitus usque ad illius judicii tempus nullum testamentum unquam fecerat; neque enim legare ejusmodi matri, poterat in animum inducere, neque testamento nomen omnino praetermittere parentis. Id quum Oppianicus sciret (neque enim erat obscurum), intelligebat, Avito mortuo, bona ejus omnia ad matrem esse ventura, quae ab sese postea, aucta pecunia, majore praemio, orbata filio, minore periculo necaretur; itaque his rebus incensus, qua ratione Avitum tollere conatus sit, cognoscite.

Fabricius schließt hier: „Der Anfall der **hereditas** des Avitus an seine Mutter konnte ersichtlich nur durch den Erwerb der **b. p. unde cognati** erfolgen, welche Cicero demnach

---

1a) S. auch Fabricius. b. p. S. 53.

als ein so bekanntes Institut behandelt, daß er es gar nicht für nöthig hält, die Sache noch irgend näher zu erörtern." Er muß hiebei aber selbst schon supponiren, daß Cluentius oder dessen Vater ein emancipirter Sohn gewesen sei, weil ja sonst die Erbschaft an die Agnaten (z. B. jenen Numerius Cluentius) hätte fallen müssen.

Ebensogut aber läßt sich denken, daß die Mutter des Cluentius **in manu** seines Vaters gewesen, und sie also die **consanguinea** ihres Sohns war. Dann fiel ihm die Erbschaft nach Civilrecht zu, und darauf scheinen Cicero's Worte eher zu deuten. Jedenfalls ist die Stelle für die **b. p. unde cognati** ohne entschiedene Beweiskraft.

Es bleibt uns nur noch übrig zu fragen, ob auch hier bei der **b. p. unde cognati** ebenso die Unterscheidung von bedingenden und vernichtenden Beweisen angenommen werden dürfe, welche wir im ersten Bande sowohl für die **sec. tab.** als die **unde legitimi b. p.** gerechtfertigt haben. Mir scheint die Bejahung keinem Bedenken zu unterliegen, wenn gleich die Quellen uns hier auch wieder nicht reichlich fließen, weil dies überhaupt Sache der Prätorischen Cognition war, über die ganz feststehende Sätze und formelle Regeln des Beweisverfahrens gar nicht bestanden. Die Nachweisung, daß der Erblasser als **civis Romanus** und **suae potestatis** gestorben sei, wird man hier ebenso verlangt haben, als wir dies schon bei den anderen Klassen annehmen durften. Dagegen wenn Modestin in **fr. 7. unde cogn.** sagt: **is qui aliqua ratione servus factus est, manumissione nulla ratione recipit cognationem**, so wird man daraus doch nicht ableiten wollen, daß der Nachsuchende gleich hätte darthun müssen, er habe in seinem Leben keine **maxima cap. dim.** erlitten; wobei es aber doch nicht weniger unzweifelhaft bleibt, daß wenn das Gegentheil hintendrein sich herausstellte, die **b. p.** eben so sehr als **non data** erschien, als der Prätor sie von vorn herein verweigerte, wenn er diesen Umstand schon wußte.

Mir scheint es sich ziemlich einfach zu ergeben, worauf der Prätor bei Ertheilung der **b. p. unde cognati**, rücksicht-

lich der Persönlichkeit des Nachsuchenden, besonders gesehen haben wird. Er wird, wenn er nichts von dem wußte, der vor ihm erschien, sich einestheils überhaupt das Verwandtschaftsrecht haben nachweisen lassen, und namentlich nach dem Grade der Verwandtschaft gefragt haben, denn über den siebten Grad hinaus ertheilte er keine b. p. [2]). Anderntheils muß er sich auch noch haben begründen lassen, daß man **proximus cognatus** sei. Dies war, als Haupterforderniß des Edicts, auch der Hauptpunkt bei der Ertheilung im einzelnen Falle. Wollten wir dies nicht annehmen, so müßten wir sagen, alle Cognaten wären zusammen in einer und derselben Frist gerufen worden, und hier hätte es sich durch das Auftreten Aller gezeigt, wer unter ihnen der nächste war. Aber es wird uns entschieden gesagt, daß die b. p. beim Hintereinanderstehen von Mehren dem Folgenden erst deferirt werde, wenn der Vorhergehende weggefallen sei, erst dann beginnt also die Frist für jenen zu laufen. Zu dem Wegfallen des Näherstehenden gehört aber auch das **tempore excludi** [3]), also die Frist des Einen fängt erst an zu laufen, wenn der ihm Vorgehende seine Frist nicht benutzt hat. Diese gradatim fortschreitende Delation der b. p. [4]), dieses Zurückgewiesenwerden der Späteren so lange Nähere noch etwa agnosciren konnten [5]),

---

2) Fr. 9. pr. unde cogn. — Octavi gradus agnato jure legitimi heredis, etsi non exstiterit heres (d. h. wenn ein Anderer in einer früheren Civilklasse vorhanden ist) possessio defertur; ut proximo autem cognato, quamvis exstiterit heres, non defertur. Diese Stelle ist wieder ein neuer Beweis für das Bd. I. Einleitung S. XV. Gesagte. S. §. 68. Note 2.

3) Fr. 10. unde cogn. — Intestata reliquit sororem Septiciam diverso patre natam et praegnantem matrem ex alio marito. Quaero: si mater hereditatem repudiaverit, dum adhuc praegnans est, posteaque enixa fuerit Semproniam, an etiam Sempronia bonorum Titiae possessionem accipere possit? Respondit: si mater hereditate exclusa esset, eaque, ut proponeretur, postea nata esset, accipere posse.

4) Fr. 1. §. 10. eod. Gradatim autem admittuntur cognati ad bonorum possessionem, ut qui sunt primo gradu omnes simul admittantur. Fr. 9. de b. p.

5) Fr. 1. §. 8. eod. Si quis proximior cognatus nasci speretur,

setzen doch nothwendig voraus, daß das **proximum esse** Bedingung für die Ertheilung der b. p. war.

§. 67. 2) Die **b. p. unde vir et uxor** bedarf nur weniger Worte. Wann sie eingeführt worden, wissen wir nicht, und auch daß sie zu Cicero's Zeit bestand, vermuthen wir nur daraus, daß die so gleichartigen Klassen der b. p. **unde cognati** und **unde vir et uxor** wohl nicht lange hintereinander aufgestellt sein werden [1]). Wo Cognaten auftreten, da sind auch die Affinen nicht weit, und wenn gleich die eigentliche Affinität nie Grund des Erbrechts geworden ist, so hat man doch wenigstens das Gattenverhältniß, welches die Basis der Affinität ist, und auch hie und da selbst Affinität genannt wird, mit Recht für ein genügend nahes Verhältniß gehalten. Als daher einmal die Cognaten zur Emendation der Agnatenklasse ins Erbrecht hineingezogen waren, wird man auch nicht lange gezögert haben, daran die Ehegatten, als letzte Intestatklasse anzuknüpfen.

Auch hier wird der, welcher vor dem Prätor erschien, und ohne daß dieser ihn kannte, b. p. erbat, sich haben legitimiren müssen. Die beiden Hauptpunkte, von welchen die Gültigkeit derselben abhängt, sind: **justum matrimonium** und Bestehen desselben **mortis tempore**. Von dem ersteren Punkte läßt sich mit Sicherheit sagen, daß sie kein bedingender Beweis war:

> **Fr. un. pr. unde vir et uxor. — Ut bonorum possessio peti possit unde vir et uxor, justum esse matrimonium oportet. Ceterum si injustum fuerit**

---

in ea conditione est, ut dici debeat, obstare eum sequentibus. Sed ubi natus non est, admittemus eum, qui post ventrem proximus videbatur.

1) Mit Recht verwirft schon Fabricius b. p. S. 54. das Argument, welches man aus der zuletzt angeführten Stelle Cicero's pro Cluent. zu ziehen versucht sein möchte; wenn man nämlich supponirte, daß Oppianicus, der auf das Vermögen seiner Frau rechnete, dazu durch die b. p. unde vir et ux. zu gelangen dachte. Das ging auch durch in manum conventio, oder durch testamentarische Einsetzung, wozu er seine Frau bewegen konnte.

matrimonium, nequaquam b. p. peti poterit, quemadmodum nec ex testamento adiri hereditas, vel secundum tabulas peti bon. possessio potest; nihil enim capi propter injustum matrimonium potest.

Der Ausdruck b. p. peti non potest heißt, wie wir gesehen haben, im Allgemeinen nur, daß die ertheilte b. p. als non data erscheint, und umgekehrt der Prätor, wenn er den hindernden Umstand schon kennt, sie gleich verweigert; es liegt aber nicht auch das an und für sich darin, daß der Nachsuchende gleich das Nichtvorhandensein dieses Umstandes beweisen mußte. Wir sehen dies hier entschieden aus der Zusammenstellung mit der sec. tab. b. p., bei welcher, wie wir wissen, nur die Besiegelung, so wie die Civität und das sui juris esse bedingender Beweis war.

Anders läßt sich dagegen schon bei der zweiten Voraussetzung urtheilen. Ulpian scheint sie in einem gewissen Gegensatze im gleich folgenden §. 1. aufzufassen:

Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore.

Sicher freilich ist daraus nicht zu ersehen, daß Ulpian von einem bedingenden Beweise spreche, und wenn wir es auch annehmen wollten, so müßte doch gewiß von den Ausnahmen, die er gleich mit sed daran anknüpft, das Umgekehrte gesagt werden:

Sed si divortium quidem secutum sit, veruntamen jure durat matrimonium, haec successio locum non habet. Hoc autem in hujusmodi speciebus procedit: liberta ab invito patrono divertit, lex Julia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio, dum eam prohibet alii nubere invito patrono. Item Julia lex de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet.

Unmöglich kann der Prätor das Nichtvorhandensein solcher der b. p. entgegenstehender Gründe als allgemein zu liefernden Beweis verlangt haben, dagegen daß er forderte, man müsse sich als hinterbliebenen Ehegatten ausweisen, also das Bestehen der Ehe mortis tempore darthun, scheint mir deß-

halb so natürlich, weil die Legitimation, daß man überhaupt Ehegatte sei, ziemlich von selbst es mit sich bringt, daß hier nur vom **mortis tempus** geredet werden könne. Der Prätor kann doch, wenn er von der Person des Nachsuchenden gar nichts wußte, ihm die **b. p.** nur gegeben haben, falls dieser sich etwa durch Zeugen als Ehegatten des Verstorbenen auswies, und da war es denn doch sehr naheliegend, daß gleich das Bestehen der Ehe bis zum Tode des Erblassers zur Sprache kam.

Zweites Kapitel.

Erweiterungen des Notherbenrechts durch die b. p. contra tabulas.

§. 68. Alle Theile der b. p., die wir bis jetzt haben kennen lernen, stehen unter einem und demselben Principe, sie sind ganz dem Begriffe gemäß, welchen die Römischen Juristen überhaupt von der b. p. aufstellen. Diese ist eine fingirte Universalsuccession, von der Justinian ausdrücklich sagt, sie sei **emendandi juris civilis gratia** geschaffen, und auch die wichtigste der neu vom Prätor aufgestellten Klassen (**unde cognati**) wird uns von Gaius unter demselben Gesichtspunkte dargestellt. Gerade weil das ganze Prätorische System, soweit wir jetzt gelangt sind, lediglich Emendationen enthält, so folgt von selbst, daß es mit dem Civilrecht nicht in Widerspruch steht. Es ist ein **jus persequendi retinendique patrimonii**, so lange der vorhandene wahre **heres** dasselbe bestehen lassen will, es ist also an und für sich nur ein interimistisches Recht. Es giebt keine b. p., wodurch dem **heres** sein Recht entzogen würde, m. a. W. die ihrem Begriff nach **cum re**, also definitives Erbrecht, wäre.

Der Ausdruck Emendation dient mithin überhaupt zur Bezeichnung des ganzen eigentlichen Wesens der b. p. Er bezieht sich nicht bloß auf die ganz neu vom Prätor **supplendi jur. civ. gratia** aufgestellten, er umfaßt auch die **confirmandi gratia** gegebenen Klassen. Denn ganz abgesehen da=

von, daß der Prätor Einzelnes darin verbessert, z. B. den unter einer Bedingung Eingesetzten, ferner den **postumus alienus institutus** [1]) zur **sec. tab. b. p.** zuläßt, die Hauptemendation der civilrechtlichen Klassen bleibt immer die, daß er unter ihnen eine Succession giebt, so daß z. B. wie Papinian sich ausdrückt (§. 66. Note 2.) ein Agnat, **etsi non exstiterit heres** [2]), dennoch als **legitimus** zur **b. p.** gerufen werden konnte.

Diesem Grundwesen der **b. p.** stehen nun noch zur Zeit der klassischen Juristen andere Theile unserer Lehre gegenüber; welche nicht gleichmäßig sich darunter vereinigen lassen. Es sind dies drei verschiedene Punkte: die **contra tabulas**, die **unde liberi**, und einzelne singulare Fälle der **sec. tab. bonorum possessio.** Ich muß hier gleich das gemeinsame Wesen dieser drei Lehren genauer charakterisiren; sie werden uns in den vor uns liegenden drei Kapiteln beschäftigen.

Es ist hier nicht mehr von Emendation, sondern von Impugnation oder Correction des Civilrechts die Rede. Wir dürfen dies aber nicht so verstehen, daß unter einer **corrigendi jur. civ. causa** gegebenen Klasse eine solche gemeint sei, welche immer **cum re** wäre. Die **sec. tab. b. p.** aus einem gültigen Testament ist stets **cum re**, und doch eine confirmatorische Klasse. Und umgekehrt die **unde liberi b. p.** ist eine correctorische, und kann doch jedenfalls vom **scriptus heres** zur **sine re** gemacht werden.

Aus dem vorher angegebenen Begriffe der Prätorischen Emendation läßt sich vielmehr leicht ableiten, was wir unter ihrem Gegensatze, den correctorischen Klassen, zu verstehen haben. Alle Klassen, die wir bisher kennen lernten, können freilich insgesammt **cum re** sein, aber wenn ein Nicht-heres sie agnoscirt hat, so können sie zur **sine re** werden. Eben weil das Recht des **heres** nicht ausgeschlossen ist, dienen sie nur zur Emendation des Civilrechts. Die correctori-

---

1) Pr. I. de b. p.

2) D. h. wenn ein scriptus oder suus vorhanden ist, dem die hereditas deferirt wird, nicht aber ein näherer Agnat, denn dann erhielt der entferntere nicht als legitimus die b. p.

schen Klassen aber sind solche, die nicht bloß in Ermangelung eines **heres**, sondern auch gegen gewisse ihnen gegenüberstehende **heredes cum re** sein sollen. Gerade darin, daß der **heres** hier seines Erbrechts verlustig erklärt wird, liegt die Correction des Civilrechts. Wer diese **heredes** seien, gegen welche die **b. p. cum re** sein soll, richtet sich nach der Stelle, wo in der Prätorischen Klassenfolge, wie wir sie bis jetzt kennen (**sec. tab. — sui — agnati — gentiles — cognati — vir et uxor**), die neue Klasse eingeschoben wird. Gegen alle hinter ihr Stehenden ist der **bon. possessor** geschützt, gegen die, welche selbst bloß Prätorisches Recht haben, dadurch, daß keine weitere **b. p.** mehr ertheilt wird, gegen die, welche auch civiles Recht haben, durch Denegation der **her. pet.** oder **exceptio** 3) wider dieselbe. Dies folgt schon mit Nothwendigkeit aus dem Ausdruck **corrigendi jur. civ. gratia.** Der Prätor mußte die Klasse, welche die Correction enthielt, derjenigen voranstellen, die impugnirt werden sollte, und aus der Stellung der Klasse im Prätorischen Erbsystem erkennt man also die Gränzen der Correction, indem natürlich die derselben vorstehenden Klassen, wenn in ihnen der **heres** steht, die **b. p.** noch immer **sine re** machen können.

Hieraus folgt also schon die Antwort für die allgemeine Bedeutung der drei neuen Klassen, die wir jetzt zu untersuchen haben.

1) Die **contra tabulas** wurde bekanntlich vor die **sec. tab. b. p.**, also vor das ganze bisherige Prätorische Erbsystem gestellt, sie ist daher die einzige der neuen Klassen, welche man, sobald sie ertheilt ist, auch absolut **cum re** nennen kann. Dabei bleibt aber der bisherige Satz vollkommen bestehen, daß auch die **sec. tab.**, so weit ich sie im ersten Bande dargestellt habe, d. h. die (**confirmandi juris civilis gratia**) **ex jure facto testamento** gegebene **b. p.** stets **cum re** ist; denn wenn sie ertheilt wurde, so war die Frist der **c. t.** ver-

---

3) Fr. 15. de b. p. c. t. — Wenn die b. p. schon ertheilt war, denegirte der Prätor wohl einfach die her. pet., sonst aber gab er die exceptio: si non (contra tabulas oder unde liberi) b. p. filio dari potest.

säumt, und der prätorische Notherbe konnte ihr so wenig etwas anhaben, als die späteren auch civilen Erbklassen.

2) Die unde liberi b. p. wurde bekanntlich zwischen die secundum tabulas jure factas und die unde legitimi eingeschoben, sie ist also nicht wie die c. t. und secundum tab. absolut cum re; sie ist ja nur correctorisch für die Klassen, vor denen sie eingeschoben wurde, also für die legitimi. Ein scriptus heres dagegen kann ihr den effectus entziehen [4]).

3) Zuletzt wurde noch eine singuläre Klasse der b. p. zu Gunsten gewisser nach Civilrecht ungültiger Testamente gegeben, für welche also die confirmandi j. c. gr. bestehende b. p. sec. tab. an und für sich nicht galt. Wir wollen sie einstweilen die b. p. sec. tab. non jure factas nennen. Sie wurde eingeschoben zwischen der bisher bestehenden b. p. sec. tab. jure factas und der b. p. unde liberi. Sie war also ebenfalls nur correctorisch für die legitimi, wogegen ein jure scriptus heres sie zur sine re machen kann. —

Indessen können wir diesen dritten Fall hier ganz außer Acht lassen, weil die Veränderung des bisherigen Civilrechts, welche darin enthalten ist, nicht durch den Prätor, sondern durch kaiserliche Rescripte, also wiederum durch Civilrecht bewirkt wurde. Es wird davon genauer im vierten Kapitel die Rede sein. Die Römer zählen ihn gar nicht unter die corrigendi juris civilis gratia aufgestellten Klassen, da sie bei diesem Ausdruck natürlicher Weise nur die Fälle im Auge haben, wo der Prätor kraft eigener Machtvollkommenheit dem Civilrecht direct entgegentritt. Hiefür bleiben uns also nur die c. t. und unde liberi b. p. übrig.

Diese beiden Klassen nun aber, stehen sie nicht dem eigentlichen Wesen und Begriff der b. p. geradezu entgegen? Wir müssen dies allerdings von vorn herein anerkennen, gerade so wie dies auch schon die Römer thun, indem sie sie als correctorische Klassen dem übrigen Gebiete der b. p. entgegensetzen [5]). Aber wir haben auch gleich noch genauer an-

---

4) Gai. III. 36.

5) Uebrigens ist wohl zu bemerken, daß die Eintheilung der b. p. in

zugeben, wie wir uns dies eigentlich zu denken haben. Ein großer Theil des Auffallenden, welches man auf den ersten Blick darin finden möchte, wird damit verschwinden, und wir werden uns dadurch vor exorbitanten Folgerungen bewahren, welche man theilweise hieraus schon gezogen hat.

Man könnte nämlich einestheils auf den Gedanken kommen, daß, wenn wir hier eine Ausnahme von der allgemeinen Natur der **b. p.** annehmen, ebendeßhalb was wir als Grundwesen der **b. p.** hingestellt haben, wohl nicht richtig sein mögte. Aber wenn meine bisherigen Beweisführungen nicht aus anderen Gründen Schwächen enthalten, so fürchte ich nicht, daß sie hier einem Hinderniß begegnen. Jedenfalls würde die Gestalt der **b. p.**, wie sie zu Cicero's Zeit angenommen werden muß, dadurch gar nicht afficirt sein, denn damals gab es, wie wir dies noch genauer verfolgen werden, weder **c. t.** noch **unde liberi b. p.** Das Wesen der **b. p.** müßte also erst nachher durch die Aufstellung dieser Klassen umgeworfen worden sein, davon ist aber gar keine Spur, und

---

die **corrigendi, supplendi** und **confirmandi gr. proposita** bei den Römischen Juristen gar nicht die große Rolle gespielt hat, wie in unseren Büchern. Wir schöpfen sie aus den Justinianeischen Institutionen. Paulus in **fr. 6. §. 1. de b. p.** erwähnt sie gar nicht, während sie ihm hier doch so nahe gelegen hätte. In **fr. 7. §. 1. de just. et jure** ist nur im Allgemeinen von der Thätigkeit des Prätors die Rede. — Ich will damit nicht behaupten, daß die ganze Sache den Römischen Juristen fremd gewesen wäre, und Justinian im **pr. u. §. 1. I. de b. p.** nicht wahrscheinlich sich nach klassischen Autoren richte. Ebendeßhalb habe ich auch im Texte mich darauf gestützt, um das Wesen der verschiedenen **bonorum possessiones** zu charakterisiren, und es ist gar nicht zu leugnen, daß die **b. p. c. t.** und **unde liberi** eine Correction des Civilrechts enthalten. Aber um so mehr muß auch hervorgehoben werden, daß die Römischen Juristen alle übrigen Theile der **b. p.** als Emendation des Civilrechts auffassen, ja noch mehr, daß ihnen auch die **c. t.** und **unde liberi**, die freilich formell correctorisch waren, nach ihrem ganzen inneren Wesen lediglich als Emendationen erschienen. Dies wird aus dem Verlauf der Darstellung deutlich genug hervorgehen; und so kann man denn ohne Fehler recht gut sagen, die **b. p.** sei **emendandi jur. civ. gratia** nicht bloß eingeführt, sondern auch vom Prätor fortgebildet.

wenn wir diese beiden Klassen nur etwas näher ins Auge fassen, so kann, wie mir scheint, davon gar nicht die Rede sein. Die Umgestaltung hätte ja nur die sein können, daß der Begriff der b. p. als wesentliches Requisit den des definitiven Behaltens der Erbschaft (cum re) jetzt in sich aufnahm. Aber die Bedeutung der übrigen Klassen wurde doch durch jene zwei Klassen an und für sich gar nicht verändert, die b. p. unde liberi ist auch überhaupt gar keine volle Ausnahme von der bisherigen Gestalt der b. p. Nach der Seite der legitimi ist sie es freilich, nach der des scriptus heres ist es noch immer unsicher, ob sie cum oder sine re sein werde. Es bleibt also nur als volle Ausnahme die c. t. b. p. übrig, die allerdings stets cum re war, aber daß dadurch nun auch das übrige System verändert worden sei, dafür giebt es gar keinen Anhaltspunkt. Und so ist es ja denn auch aus den Schriften der klassischen Juristen, die diese Ausnahme vollkommen kennen, unzweideutig zu ersehen, daß die b. p. ihnen nichts ist, als das beneficium der Prätorischen Machtvollkommenheit [6]), welches den Besitz des Erbrechts (juris possessio) verleiht [7]), also eine an und für sich nur interimistische fictitia hereditas ist [8]). Es waren eben nur durch die c. t. und unde lib. b. p. die Fälle der b. p. cum re der Zahl nach um einige vermehrt worden. Und freilich waren die neuen Fälle den alten dadurch ungleichartig, daß jetzt auch gegen den Willen des vorhandenen heres die b. p. cum re sein konnte. Aber daß damit doch noch nicht der Grundbegriff der b. p. umgeworfen war, ist einleuchtend.

Bedeutender scheint folgende aus den correctorischen Klassen gezogene Schlußfolgerung. Da im ganzen übrigen System der b. p. sich nur Emendationen des Civilrechts finden, so scheint schon das anzudeuten, daß überhaupt die Befugniß des Prätors nicht weiter reichte, daß er nicht die Macht hatte, direct dem Civilrecht entgegenzutreten. So könnte man denn versucht sein, diese Klassen sich als gar nicht durch die Hand

6) Fr. 6. §. 1. de b. p. fr. 3. de jurisd.
7) Fr. 3. §. 1. de b. p.
8) Gai. III 32. Ulp. XXVIII 12.

des Prätors eingeführt zu denken. Danach hat in der That Fabricius ihren Ursprung in kaiserlicher Thätigkeit, Bachofen in der Praxis der Centumvirn zu finden gemeint [9]). Aber muß uns davon nicht schon abbringen, daß unsere Quellen so oft diese Klassen, ganz ebenso wie die übrigen, der Prätorischen Thätigkeit zuschreiben, ohne irgend eine Spur, daß hier etwas vorliege, was aus eigener Autorität kein Prätor hätte einführen dürfen [10])?

Charakterisirt doch auch Papinian das jus praetorium ganz allgemein als solches, quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam [11]). Warum sollen diese drei Gestaltungen nicht auch im Erbrechte sämmtlich zulässig gewesen sein?

Ich will damit nicht sagen, daß der Prätor jeden beliebigen Punkt des Civilrechts hätte außer Geltung setzen können. Auch Papinian setzt hinzu, wohl mit besonderer Rücksicht auf die Correctionen, daß sie auf utilitas publica basirt sein müßten. Jedenfalls würde, was dieser widersprach, nicht jus tralatitium geworden sein.

Gerade aber hier bei diesen beiden Klassen der b. p. läßt es sich sehr klar nachweisen, daß die utilitas publica und eine naturalis ratio es ziemlich von selbst mit sich brachte, eine Correction des Civilrechts eintreten zu lassen. Wir können dies wohl nicht schlagender beweisen, als dadurch, daß Gaius da, wo er von der b. p. unde liberi spricht, die darin liegende Correction gar nicht erwähnt, sondern sie lediglich als emendandi juris civilis gratia gegeben darstellt [12]). Wir haben schon gesehen, daß Gaius den tertius gradus (unde cognati) als Emendation der Agnatenklasse

---

9) S. Bd. I. Einl. S. XXX. XXXIV.

10) Ich brauche hierfür wohl keine einzelne Stellen zu citiren.

11) Fr. 7. §. 1. de just. et jure.

12) Man muß nicht etwa glauben, das emendare sei gleichbedeutend mit corrigere (oder impugnare). Es wird (gleichbedeutend mit supplere) diesem, so wie dem adjuvare (oder confirmare) gegenübergesetzt. §. 1. I. de b. p.

auffaßt, damit auch die capite deminuti und die ferneren Agnaten gerufen würden. Und ganz ebenso ist ihm der ordo unde liberi eine Emendation der den sui schon zustehenden Klasse [13]).

> III. 25. **Sed hac juris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt.** §. 26. Nam liberos omnes, qui legitimo jure deficiuntur, vocat ad hereditatem proinde ac si in potestate parentum mortis tempore fuissent, sive soli sint, sive etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrant.

Können wir dies aber von der b. p. unde liberi sagen, so wird die folgende Darstellung zeigen, daß es noch viel mehr von der c. t. b. p. gilt, bei der auch Gaius ihre correctorische Natur gar nicht erwähnt. Die Entstehung dieser ist nichts als die Erweiterung eines schon im Civilrecht bestehenden Satzes, dessen eigenthümlich enge Fassung ferner bestehen zu lassen, eine juris iniquitas gewesen wäre, die der Prätor unmöglich dulden konnte. Freilich mußte, indem das Recht der Einen erweitert wurde, dadurch das Recht der Anderen (der scripti heredes) um ebensoviel zurückgedrängt werden, und in dieser Hinsicht erscheint die c. t. als Impugnation des Civilrechts, aber das hindert nicht, sie von der anderen Seite doch nur als Emendation eines anderen civilrechtlichen Satzes aufzufassen, den die publica utilitas so dringend gebot, daß an der Berechtigung des Prätors dazu wohl kein Zweifel obwalten konnte. Dem haben wir nun in einer weitläuftigen Untersuchung tiefer nachzuforschen.

§. 69. Schon oben (Bd. I. S. 142.) hat sich herausgestellt, daß die **contra tabulas bonorum possessio** zu Cicero's Zeit sich noch nicht finden läßt. Es muß jetzt ge-

---

13) S. auch Bd. I. Einl. S. XV. — Daraus folgt aber nicht, daß die Klasse der liberi und die der sui in eine einzige zusammengeschmolzen wurden, obgleich, wie wir unten sehen werden, wahrscheinlich keine verschiedenen Deliberationsfristen für beide bestanden, und man deßhalb die zweite Frist der sui scheinbar zur Agnatenklasse schlug.

prüft werden, welche positiven Gründe ihrer Entstehung unsere Quellen uns darbieten, und daraus wird denn auch annäherungsweise auf die Zeit ihrer Einführung geschlossen werden können.

Bereits seit geraumer Zeit stehen sich in Bezug auf die Entstehungsursachen dieser Erbklasse zwei Ansichten gegenüber, welche beide auch noch wieder in neuester Zeit ihre Vertheidiger gefunden haben. Die eine, auch von Fabricius [1]) angenommene ist, daß die c. t. eingeführt sei, um den emancipirten Kindern ein fast gleiches Erbrecht, wie den sui nach jus civile zustand, zu ertheilen. Der Prätor habe die Emancipation als nicht geschehen fingirt, und so sämmtlichen Kindern zu einem und demselben Rechtsmittel die Berechtigung ertheilt.

Mir scheint diese Erklärungsweise keineswegs geeignet, die in der c. t. b. p. liegenden Eigenthümlichkeiten gehörig verständlich zu machen. Wollte der Prätor die Emancipirten den civilrechtlichen Notherben gleichstellen, und wollte er dies durch die Fiction der nicht geschehenen Emancipation thun, weßhalb bewirkt denn nicht die c. t. die Eröffnung der reinen Intestaterbfolge, die doch sicher eintrat, wenn ein filius suus präterirt ist? Diese Intestaterbfolge ist aber, wie wir nachher sehen werden, durchaus nicht die Folge der c. t. Man möge nicht einwenden, der Prätor könne kein jure civili gültiges Testament ungültig machen. Aber er kann doch dessen völlige Ungültigkeit fingiren, und also auch fingirte Intestatsuccession einführen. Und zu diesem Resultate (daß es in seiner Macht stand, wird man doch nicht bezweifeln) würde der Prätor auf dem angegebenen Wege nothwendig haben gelangen müssen. Es ist gerade die Eigenthümlichkeit der Fictionen, daß das Vorhandensein eines Umstandes angenommen wird, der zur Anwendung einer Rechtsregel erforderlich ist; mit dieser Annahme

---

1) B. p. S. 81. — S. Savigny Zeitschr. für gesch. R. W. S. 14. — Bluntschli Erbfolge gegen den letzten Willen. S. 67. Fein Collation. S. 9. Not. 29. — Diese Ansicht findet sich schon in der weitläuftigsten älteren Monographie über die b. p. von Ricciardi (s. darüber das fünfte Buch). In Rubric. № 190—192.

aber tritt dann die Rechtsregel ganz von selbst ein. Wenn also die Grundlage der c. t. sein soll, daß der **filius emancipatus, rescissa emancipatione**, als **filius suus** gilt, so mußte dann auch die nothwendige Folge sein, daß in Folge seiner Präterition die Intestaterbfolge angenommen wurde. Da wir gar keinen Grund haben, den Römern hier eine Inconsequenz zuzutrauen, so sieht man schon aus den Wirkungen des Instituts, daß die angegebene Voraussetzung desselben nicht die richtige sein kann. Sie ist aber auch außerdem mit der Darstellung der Quellen nicht vereinbar. Ulpian sagt im **fr. 1. pr. de b. p. c. t.**:

> **In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus, sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt.**

Ulpian beginnt hiemit offenbar seinen Commentar über die c. t., und wie sonst immer, wird er auch hier die Edictsworte interpretiren. Wenn er also als das Grundprincip hinstellt: die c. t. b. p. ist für die **liberi** gegeben [2]), so hat er augenscheinlich diesen Ausdruck **liberi** aus dem Edicte entnommen, um ihn hier noch weiter zu erklären. Ulpian sagt nun nicht ausdrücklich, daß er unter den **liberi** bloß die **sui** versteht, aber die Stelle wird dadurch nur noch schlagender, indem wir so offenbar sehen, daß Ulpian dies als etwas sich ganz von selbst Verstehendes voraussetzt. Er kann nämlich unter den **liberi** deßhalb nur die Nicht-Emancipirten meinen, weil er darunter auch die **adoptivi** begreift, und diese ja nur ein Recht auf die c. t. haben, wenn sie bis zum Tode in der Gewalt des Adoptivvaters waren. So spricht denn auch Ulpian in den folgenden 5 §§ immer noch von den **sui**, und erst im §. 6. geht er zu den Emancipirten über:

> **Et sui juris factos liberos inducit in bonorum possessionem Praetor.**

Es ist doch unmöglich, daß, wenn so die Emancipirten als zur c. t. b. p. Hinzugezogene, als in dieselbe Eingeführte, dargestellt werden, man bei ihnen die Entstehung des

---

2) So sagt er auch nachher fr. 1. §. 6. eod. ut enim admitti possit, ex liberis esse eum oportet.

Institutes suchen darf. Man kann sich ihr Recht nur durch erweiternde Interpretation des über die sui gegebenen Edictes, oder durch Aufstellung eines ganz neuen an die ursprüngliche c. t. b. p. sich anschließenden Edictes entstanden denken. Letzteres ist, wie der Verlauf zeigen wird, das Wahrscheinlichere.

Ganz ähnlich ist auch die Darstellung Ulpians in fr. 1. pr. de collatione:

> **Hic titulus manifestam habet aequitatem; quum enim Praetor ad bonorum possessionem c. t. emancipatos admittat, participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum etc.** [3]).

Deßhalb ist denn auch die angegebene Ansicht bereits früher mehrfach [4]) verworfen worden, und in neuerer Zeit hat sich mit Recht Francke, schon mit Berufung auf fr. 1. de c. t. b. p., gegen dieselbe erklärt. Er setzt eine andere an die Stelle, die ich mit seinen eigenen Worten wiedergeben muß: „Die b. p. c. t. sei ursprünglich für den präterirten suus heres eingeführt, um ihm das Int. quor. bon. zu geben, damit der eingesetzte Erbe, wenn er auch Anspruch machte auf die Erbschaft, doch nicht den Besitz der Erbschaft durch die b. p. sec. tab. erlangen könne [5]). — Weit entfernt wa-

---

3) Die Stelle der Collatio XVI. 7. §. 2. Suis praetor solet emancipatos liberos . . . conjungere, data bonorum possessione geht an und für sich auf die Intestatsuccession, aber wenn man bedenkt, daß der ordo unde liberi der unmittelbare Ausfluß der c. t. war, so gewährt sie auch für die letztere einen Rückschluß.

4) Es ist hier besonders Maranus zu erwähnen, von dem nachher noch mehr die Rede sein wird. Was im Uebrigen die meisten Schriftsteller früherer Jahrhunderte von der c. t. gesagt haben, bleibt, da weder die Benutzung, noch Widerlegung ihrer Ansichten für die hier anzustellenden Untersuchungen förderlich sein würde, dem fünften Buche vorbehalten.

5) Francke Recht der Notherben S. 121. vergl. auch S. 104. — Mühlenbruch Comm. XXXVII. S. 4. Not. 2. schreibt diese Franckesche Ansicht auch v. Löhr zu, aber mit Unrecht. S. dessen Magazin III. S. 257. unten. Förster de c. t. b. p. p. 145. spricht nicht von der Entstehung, sondern sagt nur, was schon unzählige mal gesagt ist, daß sie nicht bloß den emancipati zustehe.

ren die Römer, die Fiction der rescindirten cap. dim. zum höchsten Grundsatz dieser Lehre zu erheben, wie es wohl in neuerer Zeit versucht ist, ohne daß man aber diesen Grundsatz streng durchführen konnte, da gar manche Descendenten hieher gehören, auf welche jene Fiction durchaus nicht paßt. Vielmehr sind nach dem Rechte der Pandekten alle Descendenten männlicher Ascendenten zu dieser b. p. berufen, welche in ihrer väterlichen Gewalt nicht stehen, doch aber darin stehen könnten, vorausgesetzt, daß sie die nächsten in ihrer stirps sind, und nicht selbst durch Adoption in eine fremde Familie übergingen" [6]). —

Francke führt danach fünf Fälle an, worin, außer dem der Emancipation, auch die aus der Gewalt Getretenen c. t. b. p. erhalten, und dies stimmt ganz mit der Darstellung der Quellen überein, indem Ulpian gleich in fr. 1. §. 6. de c. t. b. p. sagt: Et sui juris factos liberos inducit Praetor in bonorum possessionem. Sive igitur emancipati sunt, sive alias exierunt de patris potestate, admittuntur ad b. p.

Jedenfalls also ist es nicht richtig, der c. t. b. p. bloß den Schutz der Emancipirten als Entstehungsursache zum Grunde zu legen, wir müßten auf alle Fälle den Kreis der sui juris facti liberi substituiren. Aber auch in dieser Ausdehnung ist für die Einführung der c. t. nichts gewonnen, es stehen die vorher schon angeführten Gründe nicht minder entgegen, und deßhalb nimmt auch gerade Francke an, daß diese Klasse für den suus heres geschaffen sei, mithin das Stehen in väterlicher Gewalt das Grundprincip und Haupterforderniß der c. t. bilde. Ursprünglich sei dies ausnahmslos anerkannt, dann aber durch Ausdehnungen unseres Institutes für gewisse Fälle fingirt worden.

Nach dem bisher Gesagten bleibt es aber noch unklar, wen Francke unter dem an und für sich sehr viel umfassenden Worte suus heres versteht. Wir können indeß nicht zweifeln, daß er damit lediglich den filius suus meint, indem er auch an anderen Stellen jenen Ausdruck in diesem Sinne nimmt. So

6) Notherbenrecht. S. 123. vergl. S. 128.

heißt es vom suus heres, welcher entweder zu instituiren oder förmlich zu enterben ist (S. 58.), er mache, falls er präterirt sei, das Testament ungültig (S. 20.), dieser Satz bestand aber bekanntlich vor Justinians l. 4. C. de lib. praeteritis nur für den filius. So beschränkt denn auch Francke an einer andern Stelle (S. 74.) seine Ansicht ausdrücklich auf den Sohn: „Die Präterition hat die Nichtigkeit des Testaments zur Folge, dasselbe ist ungültig errichtet. Es muß also beim Tode des Erblassers die gesetzliche Erbfolge eröffnet werden, also ist der Sohn als suus heres beim Tode des Vaters ipso jure dessen Erbe geworden. Und sein Rechtsmittel, wenn ein Dritter im Besitz der Erbschaft sich befindet, kann nur die her. pet. ab intestato sein. Jedoch konnte er auch gegen den Besitzer der Erbschaft das Int. quor. bon. erheben, vorausgesetzt, daß er die c. t. b. p. agnoscirt hatte, welche für ihn zu diesem Zwecke eingeführt war." —

Fabricius bietet die Merkwürdigkeit dar, daß er (b. p. S. 81.) bestimmt sagt, die c. t. b. p. sei eingeführt, um den emancipirten Kindern ein fast gleiches Erbrecht, wie den sui nach jus civile zustand, zu ertheilen. — Vor der Gleichstellung der emancipati mit den sui aber, vermuthet er, habe der Prätor schon für den präterirten filius suus und postumus eine c. t. eingeführt, die freilich von der späteren aus dem Pandektenrecht uns bekannten „himmelweit" verschieden gewesen sei. Dadurch wäre es bewirkt worden, daß dem scriptus heres die sec. tab. b. p. verweigert worden sei. Im Grunde ist dies also, nur mit etwas anderen Worten, ganz die Francke'sche Ansicht. Und so kommt es denn auch, daß Mühlenbruch, nur mit Berufung auf Fabricius, ebenfalls durchaus Francke's Ansicht ausspricht [7]). —

---

7) Pandekten §. 620. (3. Aufl.). — „Sonst erhielt sie der gesetzliche Erbe (legitimus), und dies war namentlich der Fall, wenn ein filius suus in einem auch äußerlich fehlerfreien Testament präterirt war, woraus denn allmählig die c. t. b. p. erwuchs". Einige Jahre früher hatte Mühlenbruch die Francke'sche Ansicht noch bezweifelt. Commentar XXXVII. S. 4. Not. 2. Etwas Aehnliches, freilich um etwas ganz Anderes daraus zu rechtfertigen, sagt auch Hugo R. G. (11. Aufl.) S. 609. Z. 18—20.

Es bedurfte dieser etwas genaueren Darstellung, um den Stand der Streitfrage, wie er heutzutage vorliegt, klar vor Augen zu führen. Aus der folgenden Entwicklung wird hervorgehen, daß ich weder der einen, noch der anderen der sich gegenüber stehenden Ansichten beitreten kann. Mir scheint vielmehr noch in ganz anderer Weise die Entstehung unseres Institutes gerechtfertigt werden zu müssen. Dazu bedarf es zuerst einer kurzen Zusammenstellung des älteren civilen Notherbenrechts.

§. 70. Die civilen Regeln des älteren Notherbenrechts sind im Allgemeinen ganz unbestritten. Das Notherbenrecht *ist* ein rein formelles, die Alternative der Institution oder Exheredation vorschreibend. Die Personen, welche diese Berücksichtigung verlangen können, sind lediglich die **sui heredes**, d. h. alle die, welche, in unmittelbarer väterlicher Gewalt des Erblassers stehend, demselben (mögen sie **ex testamento** oder **ab intestato** gerufen werden) **ipso jure** und als *gezwungene* Erben succediren [1]). — Diese **sui** sind aber in Beziehung auf ihr Notherbenrecht in drei Klassen zu theilen:

1. Der **filius in potestate**, der schon lebte als das Testament errichtet wurde, vernichtete das Testament, in dem er weder instituirt noch **nominatim** exheredirt war, völlig, so daß es als **ab initio** gar nicht errichtet galt, und Intestaterbfolge eintrat [2]).

2. Alle übrigen in (unmittelbarer) **potestas** stehenden Descendenten, welche bei der Testamentserrichtung schon lebten, haben ein weit schwächeres Recht. Es gehören hieher die **filia**, **nepos** und **neptis** von einem vorverstorbenen Sohn, **pronepos**, **proneptis etc.**, dann die **uxor** und **nurus in manu**. Sie alle können sogar durch eine **exheredatio inter ceteros** gültig von der ganzen Erbschaft ausgeschlossen werden, und haben im Fall der Präterition nur ein Accrescenzrecht gegen die

1) S. Bd. I. §. 1.

2) Ulpian. XXII. 16. Gai. II. 123. Es bestand hiebei freilich eine Controverse unter den Römischen Juristen, die uns hier aber nicht interessirt.

scripti heredes, und zwar wenn dies sui sind, auf einen Viriltheil, wenn extranei, auf die Hälfte. Sie gelten in Beziehung auf das, was sie durch ihr Notherbenrecht erhalten, ganz als (fingirte) scripti heredes, so wie sie auch namentlich zu ihrem Theil die Legate bezahlen müssen [3]), das Testament bleibt hier also vollkommen gültig. — Die Römer gebrauchen für diese Klasse den, wie es scheint, technischen Ausdruck: ceterae liberorum personae [4]), wir wollen sie in der Folge kurz die Accrescenzerben nennen.

3. Die postumi sui (d. h. Alle, welche, wenn sie zur Zeit der Testamentserrichtung schon da gewesen wären, auch in der unmittelbaren potestas des Erblassers gestanden haben würden [5])) machen, sobald sie erscheinen, das errichtete Testament durchaus nichtig [6]). Dies galt anfangs ganz allgemein, so daß das Testament nicht minder ungültig wurde, wenn auch der postumus darin instituirt oder exheredirt war. Man sah ihn als persona incerta an, welche überhaupt keiner testamentarischen Berücksichtigung fähig sei. Davon ging man zuerst bei dem Falle ab, wo das Kind zur Zeit der Testamentserrichtung schon in utero ist, aber erst nach dem Tode des Testators geboren wird, und vom Ende der Republik an wurde dies allmählig auf alle andren Arten jedenfalls der ehelich erzeugten postumi ausgedehnt [7]).

Nachdem diese Möglichkeit der Institution feststand, hätte eigentlich auch bey ihnen die Regel, welche bei den schon lebenden sui heredes für die Begründung ihres Notherbenrechts galt, eintreten müssen, d. h. der filius postumus hätte müssen nominatim, die ceterae postumorum personae aber inter ceteros exheredirt werden dürfen. Dies wurde indessen

---

3) L. 4. C. de lib. praeter.

4) Gai. II. 124. Ulp. XXII. 17. 20.

5) Ulp. XXII. 15. Postumi quoque liberi, id est, qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, suorum numero sunt. Ulpian spricht hier nur von den wahren Postumen, aber die qui postumorum loco sunt, stehen ihnen rechtlich ganz gleich. Ulp. XXIII. 3.

6) Ulp. XXII. 18.

7) Im folgenden Kapitel wird hievon noch weiter die Rede sein.

dahin verändert, daß die Vorschrift des **nominatim** Exheredirens auf alle **postumi** männlichen Geschlechts erweitert ward, während die **exheredatio inter ceteros** bei den **postumae** bestehen blieb [8]).

Jedes Testament, worin sich nun ein **postumus** weder instituirt, noch in der angegebenen Weise exheredirt fand, war null und nichtig (**ruptum**) [9]).

Schon aus dieser Uebersicht ersieht man, daß der **filius jam natus** und die **postumi** in gewisser Weise zusammengehören, sie eröffnen, wenn sie präterirt sind, die Intestaterbfolge. Dagegen stehen die Accrescenzerben zu ihnen in einem höchst merkwürdigen Gegensatze. Die **postumi** umfassen ja außer dem **filius postumus** auch alle übrigen Grade der **sui, filia, nepotes, etc.** also ganz dieselben Personen, als die Accrescenzerben. Es bestand mithin die Eigenthümlichkeit, daß Töchter, Enkel 2c., wenn sie zur Zeit der Testamentserrichtung, wobei sie präterirt sind, schon leben, der Gültigkeit des Testaments nicht im Wege stehen, wenn sie dagegen erst nachher, und sei es auch nur kurze Zeit, später geboren werden, es über den Haufen werfen. Man sollte eher noch einen Vorzug der Lebenden vor den Nachgeborenen vermuthen. Aber es würde auch dies, es muß überhaupt alle Ungleichheit im Rechte der Kinder als eine **juris iniquitas** erscheinen, und wie soll es vernünftigerweise bei ihnen auf den Unterschied ankommen, ob sie etwa einen Tag vor oder nach der Testamentserrichtung geboren sind?

Daß den Römern dieß als eine höchst unpassende Rechtsgestaltung auffallen mußte, versteht sich wohl ziemlich von selbst. Wie man zu derselben gelangt war, ist freilich sehr leicht zu erklären, aber dabei blieb es doch nicht minder ein Resultat, welches der Veränderung dringend bedurfte. Man hatte nämlich früher einen sehr großen Unterschied gemacht zwischen dem **filius** und den übrigen **sui**. Jener mußte drei-

---

8) Ulp. XXII. 21. 22.
9) Ulp. XXIII. 2. 3.

mal, diese brauchten nur einmal verkauft zu werden, um dann durch Manumission zur Selbständigkeit zu gelangen. Dieser Unterschied war für die älteren Zeiten des Römischen Rechtes sehr natürlich, und als nun das Notherbenrecht der sui entstand (Bd. I. S. 7. Not. 9), wirkte er sehr natürlich auf die Gestaltung desselben ein, dem filius ein stärkeres Recht als den ceterae liberorum personae gewährend. Aber der ganze Unterschied war nur bei sui jam nati denkbar, denn die postumi sui nahm man anfangs als incertae personae, die sich insgesammt weder instituiren noch exherediren ließen. Es konnten also auch keine verschiedenen Präteritionsregeln für den filius und die Uebrigen bestehen, und ferner konnte man ihr Notherbenrecht nicht auf eine von Seiten des Erblassers vernachlässigte Pflicht, sondern lediglich auf ihre Suität stützen. Hierin aber standen sich alle diese postumi vollkommen gleich, und so mußte man denn nothwendig dazu kommen, sämmtlichen postumi ein ganz gleiches Ruptionsrecht gegen das Testament zu gewähren. Der weitere Schritt der Rechtsbildung war nun aber, daß man die postumi nicht mehr als incertae personae auffaßte, so daß von nun an ihr Notherbenrecht ganz wie das der sui jam nati als eine Folge nicht gehöriger Berücksichtigung im Testamente erschien.

Jetzt wäre allerdings, wie ich vorher schon bemerkte, auch bei den postumi der Unterschied zwischen filius und ceteri sowohl in Bezug auf die Präteritionsregeln als die Wirkungen der Präterition denkbar gewesen. Aber daß man ihn dennoch nicht eintreten ließ, erklärt sich wiederum von selbst. Rücksichtlich der Wirkungen war es nicht möglich, denn das bisherige Recht ließ doch ohne allen Unterschied sämmtliche postumi das Testament rumpiren. Wie hätte man aber darauf kommen können, ihnen dieß Recht wieder zu nehmen, und seitdem man ihre Institution und Exheredation für möglich erklärt hatte, nur noch dem filius das Recht der Vernichtung des Testaments zu lassen, den Uebrigen aber im Fall der Präterition nur das Accrescenzrecht zuzugestehen? Kein Römer hat wohl je daran gedacht, daß ein weiterer Schritt, als die Einschränkung ihres Ruptionsrechtes, möglich sei.

Ueberhaupt war die Unterscheidung von **filius** und **ceteri** damals (d. h. im ersten Anfange der Kaiserzeit) nicht mehr zeitgemäß, und so erklärt es sich, daß man auch nicht einmal bei den Präteritionsregeln (d. h. der Frage wie ein **postumus** zu instituiren oder exherediren sei) die bei den **sui jam nati** geltende Unterscheidung für die **postumi** zum Grunde legte. Man fand es in der damaligen Zeit passender, allgemein das männliche Geschlecht dem weiblichen entgegenzusetzen, und so ist die schon erwähnte Regel entstanden, daß **postumi virilis sexus nominatim**, die **feminini sexus inter ceteros** zu exherediren seien. —

Die bis hieher geschilderte Rechtsentwicklung unterliegt keinem Zweifel, und die einzelnen darin enthaltenen Momente haben jeder für sich ihren ganz guten Grund, aber es ist doch nicht zu läugnen, daß das Gesammtresultat ein noch durchaus unnatürliches ist, bei dem man unmöglich stehen bleiben konnte. Die **postumi** waren den **sui jam nati** insoweit gleichgestellt, daß man jetzt überhaupt alle **sui** instituiren oder exherediren, und dadurch sein Testament vor aller Anfechtung bewahren konnte. Aber um so unerklärlicher und unpassender mußte es erscheinen, daß nun doch die Accrescenzerben einen so sonderbaren Gegensatz zu den übrigen **sui** bildeten, da dies doch in der damaligen Zeit gar keinen praktischen Grund mehr hatte. In der Umgestaltung des Rechts der **postumi** liegt der Zweck, den man vor Augen hatte, sehr klar zu Tage. Man beabsichtigte die Ausgleichung des Notherbenrechts sämmtlicher **sui**, aber dies Ziel war hiermit noch nicht erreicht, man hatte erst die Hälfte des Wegs zurückgelegt. Man hatte zuerst die **postumi** im Allgemeinen den **sui jam nati** gleichgestellt, jetzt mußte man nun aber auch noch das Recht der Accrescenzerben mit dem des **filius jam natus** und der **postumi sui** ausgleichen. Darin aber liegt zweierlei:

1. Der schon bei den **postumi** angenommene spätere Satz, daß die **sui virilis sexus** und nicht bloß der **filius nominatim** zu exherediren seien, mußte auch für die **sui jam nati** anerkannt werden; also da dies beim **filius** schon von

jeher galt, so war es nur noch für die Accrescenzerben männlichen Geschlechts neu festzustellen.

2. Da der **filius jam natus** und die **postumi** im Fall der Präterition die Intestaterbfolge eröffneten, also die ganze materielle Erbschaft erhielten, so mußte ein gleiches Recht auch den Accrescenzerben verliehen werden.

§. 71. In der Aufstellung dieser beiden Sätze finde ich den Ursprung der **c. t. b. p.** Sie erscheint mir danach als die Fortsetzung einer Rechtsentwicklung, welche andere Organe des Rechtes (Juristen und Gesetze, namentlich die **lex Junia Velleja**) begonnen hatten. Der Prätor vollendete hier etwas, dessen Ziel man schon gleich aus dem Beginn der ganzen Rechtsveränderung erkennen konnte. Er stellte das fest, worauf die Zeit nothwendig hindrängte, dessen nothwendige Erreichung keinem kundigen Auge verborgen bleiben konnte. Daß der Prätor die Befugniß hatte, diesen letzten sich ziemlich von selbst darbietenden Schritt zu thun, darüber brauche ich keine Worte weiter zu verlieren. Es kommt lediglich darauf an, ob er das hier Angegebene wirklich gethan hat, und ob daraus das Grundwesen des ganzen dann noch weiter ausgedehnten Institutes sich in befriedigender Weise erklären läßt; es kommt namentlich darauf an zu zeigen, daß die **c. t. b. p.** nur ein Institut zum Besten der Accrescenzerben ist, zu dem dann nur später die Emancipirten hinzugezogen wurden, während sie für den **filius jam natus** und die **postumi** gar nicht besteht. Denn es sollten ja durch die **c. t.**, wie wir annehmen, nur die Accrescenzerben das erlangen, was die übrigen **sui** schon nach Civilrecht hatten. — Diese Beweise aber, welche mir obliegen, glaube ich liefern zu können.

Daß durch die **c. t. b. p.** die Intestatsuccession eröffnet werde, haben nur Schriftsteller, die so ziemlich bei der ganzen Lehre im Dunkeln gingen, behaupten können, und so oft auch dieser Irrthum sich wiederholt hat, so ist er doch in neueren Zeiten immer mehr verschwunden [1]. Es erscheint vielmehr, wie nachher noch genauer gezeigt werden wird, bei

---

1) Francke, Notherbenrecht. S. 136.

der c. t. das Ganze des Testaments als vollkommen feststehend und gültig, so daß nur gewisse darin enthaltene Verfügungen (und allerdings die wichtigsten), insbesondere die Erbeseinsetzung, gleichsam herausgehoben werden, damit der vom Erblasser Gerufene dem vernachlässigten Notherben Platz mache. In diesem Sinn nennt Justinian die c. t. eine **b. p. ex testamento**[2], d. h. wobei das Testament fortwährend als ein gültiges angesehen wird, und die Veranlassung darbietet, daß ein anderer Universalsuccessor an die Stelle des eigentlichen **scriptus heres** tritt[3]).

Diese allgemeinen Sätze über die Wirkungen unseres Institutes vorerst vorausgesetzt, haben wir nun damit die Fälle zusammenzuhalten, wo nach Civilrecht das Testament, wegen des darin verletzten Notherbenrechtes gewisser Personen, als vollkommen vernichtet erschien, also die Intestaterbfolge eröffnet wurde. Es fand dies, wie wir schon wissen, bei dem **filius in potestate** und sämmtlichen **postumi sui** Statt. Wir müssen zuerst den negativen Theil unserer Beweisführung *absolviren*, und zeigen, daß die c. t. b. p. für diese Personen nie wahrhaft bestanden hat, also noch viel weniger ihr ganzer Ursprung hier gefunden werden darf. Erst dann wird der positive Beweis folgen können, daß die c. t. in der That für die Accrescenzerben eingeführt, und nachher auf Emancipirte ausgedehnt worden ist.

Wir werden als das Resultat jenes negativen Theils unserer Argumentation den Satz gewinnen, daß die dem präterirten **fil. suus** und **postumus** gegebene **b. p.** allerdings den Namen der c. t. b. p. trägt, aber von der wahren c. t. völlig verschieden ist. Wir können sie deßhalb wohl nicht unpassend die nominelle c. t. b. p. nennen. Es ist zu prüfen, wie die Römer zu dieser Terminologie gekommen sind,

---

2) §. 3. I. de b. p.

3) Unter der Voraussetzung, daß die c. t. für die Accrescenzerben eingeführt wurde, erklärt sich diese Gestaltung der c. t. sehr natürlich, da sie ein freilich stärkeres, aber doch dem civilen Accrescenzerbrecht ganz analoges Recht gewährt. Auch das Accrescenzerbrecht war **ex testamento**.

und, da sie doch keine Spielerei mit Worten getrieben haben werden, welche praktische Bedeutung derselben beizulegen sei.

I. Die nominelle contra tabulas b. p.

§. 72. Ich muß mit einer Widerlegung der vielen Ansichten beginnen, welche bisher über die Bedeutung der dem **filius** und den **postumi** zustehenden **b. p.** aufgestellt worden sind. Weil es in den Quellen allgemein heißt, die **c. t. p. b.** sei den **liberis praeteritis** gegeben, so glaubten die Bearbeiter des Römischen Rechtes nicht daran zweifeln zu dürfen, daß darunter auch die begriffen seien, welche schon nach Civilrecht das Testament im Fall der Präterition nichtig machen. Dieser Satz findet sich fast bei allen Schriftstellern, die deßhalb einzeln anzuführen ganz unnöthig sein würde. Den Meisten mußte er auch sehr natürlich erscheinen, da in früherer Zeit die Ansicht, daß durch die **c. t.** die Intestatsuccession eröffnet wurde, die vorherrschende war. Civil= und Prätorisches Recht wären also hiernach übereinstimmend. — Andere aber sahen ein, daß die **c. t. b. p.** keine Intestatsuccession ist, daß das Testament im Allgemeinen dabei als ein gültiges anerkannt wird, welches in einzelnen Theilen auch neben der **c. t. b. p.** vollkommene Wirksamkeit behält.

Sobald man dieses annahm, konnte es unmöglich einem auch nur schwachen Auge verborgen bleiben, daß hier eigentlich ein völliger Widerspruch vorliege. Der **filius** und die **postumi** vernichten das Testament, bei der **c. t. b. p.** wird es dagegen als gültig anerkannt. Wie sollen wir es nun erklären, daß jenen Beiden wegen ihrer Präterition die **b. p.** zustehe, durch welche das Resultat herauskäme, daß das Testament zu gleicher Zeit als gültig und ungültig erschiene?

Es sind sehr verschiedene Ansichten zur Erklärung dieser merkwürdigen Rechtsgestaltung vorgebracht worden, aber ich kann mich nicht überzeugen, daß bisher eine Lösung des Widerspruches gelungen ist.

1. Am wenigsten Widerlegung bedarf die Ansicht, daß freilich die sui das Testament für **nullum** erklären könnten: **»pietas tamen et modestia filii suadet, ut quam mollis-**

sime paternum rescindatur judicium. Humanius parentum judicia per b. p. quam per jus dicendi nullum expugnantur [1].« Wenn die b. p. das Frühere, das Civilrecht das Spätere wäre, so ließe es sich allenfalls denken, daß man trotz Einführung des stärkeren Rechtes das schwächere zu beliebigem Gebrauch noch hätte bestehen lassen.

2. Sehr viel eher könnte man meinen, daß der Prätor die strenge Wirkung des Civilrechts mißbilligt und eben mit Aufhebung desselben sein milderes Rechtsmittel an die Stelle gesetzt hätte. In dieser Weise wäre also die **c. t. b. p.** noch in anderer Hinsicht **corrigendi juris civilis causa** eingeführt, als wir dies vorher schon anerkannt haben. In der That findet sich diese Ansicht schon in der Glosse [2]. **Maranus** [3]) führt sie noch genauer aus, dessen Argumentation hier in der Kürze mitgetheilt werden muß:

Er geht davon aus, daß die c. t. nicht für die Emancipirten eingeführt sein könne. **Suis igitur tantum aut iis qui suorum loco sunt, haec b. p. competit, eoque etiam pertinet, quod quaeritur, utrum is qui eam petit, in potestate et familia fuerit (fr. 6. §. ult. fr. 17. et ult. de c. t. b. p.). Neque nos movere debet, quod objectum est, testamentum in quo suus praeteritus sit, ipso jure non valere, atque ideo per b. p. c. t. non posse rescindi testamentum, quod ex se jam nullum est. Nam ut optime respondet Glossa, licet sit rescissum jure civili testamentum, aequitate tamen Praetoria est aliquid, unde infirmatur eo jure, quo subsistere fingitur. Qua responsione nihil aptius dici potest.**

---

1) Worte von Wissenbach Exerc. ad Pand. ad tit. de b. p. s. auch z. B. Hahn ad Wesenbec. ad tit. de c. t. b. p. Schacher Coll. Pract. ad tit. de c. t. b. p.

2) Glossa penult. ad l. ult. C. de b. p. c. t.

3) Ad tit. de b. p. c. t. (Opera omnia ed. Trotz 1741. p. 363 sqq.). — Außerdem ist von den Neueren rücksichtlich der postumi Bluntschli hieher zu rechnen. Er sagt a. a. O. S. 72.: „Der Prätor erkannte den civilen Grundsatz: agnatione postumi testamentum rumpitur nicht an in seinem Systeme". Rücksichtlich der filii dagegen gehört er zu einer anderen Klasse von Ansichten S. 66.

Es läßt sich nicht leugnen, daß dies an und für sich eine passende und natürliche Antwort ist. Es ließe sich recht wohl denken, daß der Prätor etwas civilrechtlich Ungültiges für gültig angenommen hätte, also wirklich dem Civilrecht direct entgegengetreten wäre. Aber mit den Beweisen, daß dies nun wirklich hier geschehen sei, sieht es doch schlimm aus. Maranus meint: daß der Prätor bisweilen civilrechtlich ungültige Testamente aufrecht erhalten habe, sehe man aus **Ulp. XXIII. 6.**, und daß dies auch in unserem Falle eingetreten sei, folge aus **fr. 17. de inj. rupto test.** — Daß aber aus dieser Stelle nichts zu entnehmen sei, wird sich im §. 95. zeigen. Maranus hat auch überhaupt bei den Worten: **aequitate Praetoria tamen est aliquid** gar nicht die Meinung, daß wirklich durch das Prätorische Recht das **civile** direct aufgehoben worden sei, indem die **her. pet.** dem Präterirten gegen den **sec. tab. b. possessor** denegirt würde [4]). Indeß sei doch auf indirecte Weise der **praeteritus** durch gedrohte Nachtheile bewogen worden, die **c. t.** zu agnosciren, und auf diese Weise das Testament selbst als gültig anzuerkennen. Dem **filius in potestate** sei nämlich, sobald er **jure civili** die Erbschaft antrete, sogleich, auch noch vor Ablauf der Frist, die **b. p.** denegirt, und dem **scriptus heres** alsbald **b. p. sec. tab.** gegeben worden, damit dieser **molestiam creare praeterito, eumque lite et sumtibus vexare possit.**

Diese Beweisführung ist nun freilich sehr schwach, und ich würde sie, da sie einer Widerlegung nicht bedarf, ganz übergangen haben, wenn sie nicht zeigte, zu welchen Gründen man seine Zuflucht nehmen muß, um eine Ansicht zu stützen, die doch auf den ersten Blick eine recht dankbare und natürliche zu sein scheint.

3. In neuerer Zeit hat man deßhalb, freilich mit sehr verschiedenen Nüancirungen, noch wieder einen anderen Erklärungsweg eingeschlagen. Der Prätor habe nicht durch Drohung von Nachtheilen das Civilrecht eigentlich aufheben wol-

---

4) Diese Ansicht ist, so viel ich weiß, nirgends aufgestellt worden, und würde auch unmöglich bewiesen werden können.

len, wohl aber durch **Anbietung** von **Vortheilen** den **praeteritus** bewogen, die **c. t.** zu agnosciren. Diesem also habe die **Wahl** zugestanden, entweder nach Civilrecht das Testament zu vernichten, dann aber gewisser Prätorischer Vortheile zu entbehren, oder diese letzteren ergreifend sein Civilrecht aufzugeben, und durch Agnition der **b. p.** das Testament im Allgemeinen anzuerkennen. Als solche Vortheile der **c. t.** sind aber sehr verschiedene Punkte angegeben worden.

Hugo[5]) stellt zuerst unter den Neueren dies Wahlrecht des **filius in potestate** auf. Dieser habe im Fall der Präterition mit seinem emancipirten und zwar exheredirten Bruder die Erbschaft nicht zu theilen brauchen, falls er die **c. t.** agnoscirte; denn diese läßt, wie wir nachher noch sehen werden, im Allgemeinen allerdings die Exheredationen bestehen. Wenn er sich dagegen mit seinem Civilrecht begnügte, so konnte er die Concurrenz des **emancipatus exheredatus** nach den Regeln der **b. p. unde liberi** nicht hindern.

Förster[6]) erkennt ebenfalls das Wahlrecht an. Es habe freilich dem **fil. suus** freigestanden, nach Civilrecht **ab intestato** zu succediren. Aber durch die **c. t.** seien ihm so bedeutende Vortheile gewährt (so z. B. **habe er nur dadurch den emancipirten Bruder zur Collation zwingen können**)[7]), daß es wohl meist nicht klug gewesen wäre, dieselbe zu versäumen. **Bisweilen würde indeß diese c. t. als unde liberi angesehen**[8]), so daß es keinem Bedenken unterliege, daß wenn der **filius suus** die **c. t.** omittire, und entweder die **unde liberi** selbst erbitte, oder bloß **her. aditio** vornehme, die Intestaterbfolge eröffnet werde, zu welcher dann auch Andere, Emancipirte und Exheredirte, mittelst der **b. p. unde liberi** gelangen könnten.

---

5) In seiner Doctordissertation de bonorum possessionibus. Halle 1788. §. 15.

6) De b. p. liber. praeter. contra tabulas par. diss. (Breslau 1823.) p. 151. 389. 400.

7) Andere Vortheile, welche die c. t. sonst noch enthalten habe, werden nicht angegeben.

8) Diesen wichtigen Satz führt übrigens **Förster** nicht weiter aus.

Bluntschli [9]) wird von Fabricius [10]) eines „lächerlichen“ auf zwei einander folgenden Seiten sich findenden Irrthums angeklagt. Ich kann dies indeß nicht finden. Bluntschli ist im Wesentlichen mit seinen Vorgängern einverstanden. Er setzt ebenfalls ein Wahlrecht des Haussohns voraus, und nimmt als Vortheile der c. t. die beiden Punkte an, von denen Hugo den einen, Förster den anderen angegeben hatte, nämlich Ausschließung des exheredatus [11]) und Collationspflicht des emancipatus. Nur macht Bluntschli in Beziehung auf ersteren Punkt wegen fr. 1. §. 9. si tab. test. null. eine Ausnahme. Der emancipatus exheredatus sei nämlich allerdings auch neben dem fil. suus praeteritus, welcher b. p. c. t. agnoscirte, zugelassen worden. Eine Ausnahme von der Regel machen ist aber doch noch kein Widerspruch. Richtig indessen ist freilich weder Regel noch Ausnahme.

Francke [12]) hat nämlich zuerst richtiger die Bedeutung von fr. 32. de lib. et post. und fr. 1. §. 9. si tab. test. nullae erkannt, welche dann von Fabricius noch genauer ausgeführt worden ist [13]). Es fällt damit die Hugosche Annahme, daß der Haussohn durch Agnition der c. t. den exheredirten Bruder ausschließen könne, entschieden zusammen, und was den anderen Punkt betrifft (die Collation des emancipatus), so nimmt auch dafür Francke schon an einem anderen Orte [14]) mit Recht keinen Unterschied zwischen der c. t. und unde liberi b. p. an. In der That wird ja auch ausdrücklich ea pars edicti erwähnt [15]), qua intestato patre mortuo emancipatus ad b. p. admissus ad collati-

---

9) Erbfolge gegen den letzten Willen S. 108. 109. (1829.)

10) B. p. S. 214. Note.

11) Diese gründet er auf fr. 32. de lib. et post., was freilich ganz unzuläßig ist.

12) Notherbenrecht S. 141. unten.

13) B. p. S. 211 ff.

14) Civ. Abh. S. 178.

15) Fr. 20. §. 1. de b. p. c. t. — Hier wird ausdrücklich hervorgehoben, daß im Edicte abgesondert sowohl bei der c. t. als unde liberi b. p. von der Collation die Rede war.

onem compellitur. Da die Collation gar nicht auf einer Eigenthümlichkeit der c. t. beruht, so war es sehr natürlich, daß sie für beide ordines eingeführt wurde, vielleicht ganz zu gleicher Zeit [16]). Daß die Römischen Juristen hauptsächlich bei der c. t. von ihr sprechen, kommt daher, weil diese in ihrem System zuerst abgehandelt wurde.

Bisher also sind wir noch um keinen Schritt weiter gekommen. Ein Vortheil, den die c. t. dem Civilrecht gegenüber hätte, ist noch nicht gefunden. Als solchen stellt nun aber Francke, wie wir schon wissen, den auf, daß durch die c. t. der Instituirte verhindert werden konnte, mittelst der sec. tab. den Besitz der Güter und das Int. quor. bon. zu erlangen. Also der Prätor hätte, nachdem er erst die sec. tab. geschaffen habe, sich gegen die Wirkungen derselben nicht anders helfen können, als durch Aufstellung einer neuen ihr entgegenwirkenden b. p., welche damit also ein **remedium contra remedium** wäre. — Jedenfalls hat diese Ansicht von allen, die wir bisher kennen lernten, den meisten Schein für sich, weßhalb sie denn auch neuerdings, wie ich oben schon angab, mehrfachen Beifall gefunden hat. Es muß aber noch bemerkt werden, daß in dieser Ansicht die neuere Zeit ganz mit älteren Juristen übereinstimmt, indem schon Cujacius [17]) und nach ihm Perez [18]) durchaus dasselbe vortragen.

---

16) Fein (Collation §. 2.) denkt sich ohne Grund die Vorschrift der Collation umgekehrt für den ordo unde liberi eingeführt, und dann auf die c. t. b. p. übertragen; so wie er denn auch Note 28. nur die zwei Möglichkeiten aufstellt, daß das Notherbenrecht zugleich oder erst nach dem Intestaterbrecht der emancipati eingeführt sei. Also jedenfalls wäre doch die b. p. unde liberi das Vorbild für die c. t. gewesen; während die Quellen es gerade umgekehrt auffassen. Allerdings aber meine auch ich, wie später angegeben werden wird, daß das Notherbenrecht und das Intestaterbrecht der emancipati ganz zu gleicher Zeit, aber nur nicht Ersteres später als Letzteres eingeführt sein kann.

17) Recitationes in Codic. ad tit. de c. t. b. p. Ebenso Recit. ad tit. D. de c. t. b. p. (Opera post. Francof. 1596. p. 933.).

18) Praelectiones in Cod. ad tit. de c. t. b. p. (1651). — Ferner führen Beide außerdem noch eine andere utilitas der c. t. an, daß wenn der Notherbe im ersten Grade präterirt, im zweiten exhere-

§. 73. Diese Ansicht ruht lediglich auf der Voraussetzung, die man freilich bisher immer als unzweifelhaft richtig angesehen hat, daß, wenn es auch von vorn herein klar war, das Testament sei **jure civili nullum**, dennoch, nach Ablauf der Frist für die **c. t.**, jedenfalls immer daraus die **sec. tab. b. p.** ertheilt wurde. Es konnte hier ja doch den Erfordernissen genügt werden, welche der Prätor im Edicte für Erlangung der **sec. tab.** aufgestellt hatte. Das Testament (bei dem wir ja lediglich das **vitium** der Präterition eines **filius** oder **postumus suus** voraussetzen) war mit sieben Siegeln versehen, der Erblasser war als **civis Romanus** und **suae potestatis** gestorben. Es schien also gar kein Bedenken möglich, daß hier die **sec. tab. b. p.** ertheilt werden müsse.

Diese ganze Voraussetzung ist nun aber, wie ich glaube, durch meine in dem ersten Bande enthaltene Darstellung der **sec. tab. b. p.** hinweggeräumt, und so muß denn nothwendig auch die Folgerung fallen, welche daraus für die Bedeutung und Entstehung der **c. t.** abgeleitet worden ist. Ich kann mich hier begnügen, folgende kurze Sätze zusammenzustellen, die, wie mir scheint, in schlüssigem Zusammenhange stehen.

Die **sec. tab. b. p.** muß jedenfalls **Anfangs** (als eine **confirmandi jur. civ. gratia** gegebene Klasse) so aufgefaßt werden, daß der Prätor lediglich die Absicht hatte, dem **Civilerben** zum raschen Besitz des Vermögens zu verhelfen. Aber gerade weil dies Ziel **rasch** erreicht werden sollte, konnte auch der Prätor nicht volle Gewißheit verlangen, daß es in der That ein wahrer Civilerbe sei, also das Testament gar keinen Mangel habe. Er mußte sich mit einer **Wahrscheinlichkeitsrechnung** begnügen, aber darin liegt schon, daß wenn der Wahrscheinlichkeit die entgegengesetzte Wahrheit gegenüber tritt, jene von selbst in Nichts zerfällt. Mithin mußte, wenn sich ein Nichtigkeitsgrund des Civilrechts zeigte, die **b. p.** als **non data** zusammen fallen, und wenn derselbe

dirt sei, er nach Civilrecht, nicht aber nach Prätorischem, ausgeschlossen sei. Daß aber auch dies unbegründet ist, wird weiter unten gezeigt werden.

schon vorlag, so konnte gar keine b. p. ertheilt werden [1]). Allerdings ist der Prätor hievon abgegangen, er hat in gewissen Fällen die Gültigkeit der b. p. anerkannt, auch wo das Testament jure civili aus gewissen Gründen nichtig war. Aber die Ausnahmen, welche sich hier bildeten, und die wir im vierten Kapitel kennen lernen werden, umfassen jedenfalls nicht unseren Fall, wo ein filius oder postumus suus präter-

---

1) Walter R. G. (2. Aufl.) §. 599. Note 15. widerspricht dieser hier im Texte kurz zusammengefaßten Ansicht. Die Gründe, welche ihr entgegenstehen sollen, werden im folgenden Buche geprüft werden. Hier muß ich nur bemerken, daß Walter seine Mißbilligung mit Unrecht auch auf Fabricius erstreckt, als wenn dieser bereits dasselbe gesagt hätte. Fabricius behauptet nur, wie schon vorher Treckell und Dernburg, daß es zur Zeit der klassischen Juristen kein Prätorisches Testament gegeben habe (s. Bd. I. S. 145.). Meine Ansicht dagegen von der Bedeutung der sec. tab. b. p. (Bd. I. S. 170.), die Walter a. a. O. mittheilt, steht mit der über das Prätorische Testament nur in dem Zusammenhange, daß wenn es letzteres wirklich gäbe, jene freilich nicht richtig sein könnte. Aber ebendeßhalb ist, abgesehen von anderen Beweisen gegen das Prätorische Testament, meine Entwickelung vom Wesen der sec. tab. ein neuer sich an die frühern schon vorgebrachten Gründe anschließender Beweis, daß von einem Pr. Test. gar nicht die Rede sein kann (Bd. I. S. 200.). In Bezug aber auf dies Wesen der sec. tab. ist Fabricius mir gerade entgegengesetzt. Er nimmt an, daß wenn die 7 Siegel vorhanden waren, stets eine b. p. ertheilt wurde (S. 157.), daß wenn die Präterition des Sohns bekannt wurde, die b. p. nicht non data war, sondern nur durch den legitimus zur sine re gemacht werden konnte (S. 124. oben). Dies ist aber gerade der entschiedene Punkt, denn wenn der b. p. nur durch her. pet. der effectus entzogen werden konnte, so wurde keine folgende b. p. (unde liberi) mehr ertheilt. Und wenn nun auch noch der andere Satz richtig wäre, daß der Prätor, selbst im Fall die Präterition des filius ihm unzweifelhaft bekannt war, doch die sec. tab. b. p. ertheilte, so würde dann freilich folgen, daß der Prätor dem filius nur durch Aufstellung der c. t. zum Int. quor. bon. verhelfen konnte. Und dies spricht auch Fabricius (S. 224.) ganz entschieden aus. Er ist also durchaus der Franckeschen Ansicht, kann daher auch nicht meinen, daß die Ertheilung der sec. tab. bloß eine Präsumtion „für das Vorhandensein aller civilrechtlichen Requisite war, deren Mißlingen das Wegfallen der ertheilten b. p. zur Folge hatte.“

irt ist, und Ansprüche auf die Erbschaft macht. Die Quellen deuten uns mit keiner Spur darauf hin, und es hat auch bisher noch Niemand eine derartige Behauptung aufgestellt.

Wenn aber unser Fall nicht unter die Ausnahmen gebracht werden kann, so müssen wir ihn nach der Regel beurtheilen. Darin aber liegt Folgendes. Der Prätor erkannte den Satz des Civilrechts vollkommen an, daß die Präterition des Haussohns und der **postumi** ein vernichtendes **vitium** der Testamente sei. Also er denegirte wie aus jedem anderen völlig ungültigen (z. B. einem durch ein späteres rumpirten) Testamente von vorn herein die Ertheilung der **b. p.**, sobald das **vitium** ihm schon bekannt war, und es wurde mithin gleich vom **mortis tempus** die Frist der **b. p. unde liberi** berechnet [2]). Der Haussohn konnte also gleich von Anfang an durch Agnition der **b. p. unde liberi** das **Int. quor. bonorum** erlangen. Wenn dagegen anfangs allerdings die **sec. tab.** erbeten worden war, aber die Ungültigkeit des Testaments dann hinterdrein zum Vorschein kam (auch ohne Anstellung einer besonderen **her. pet.**), so galt die **b. p.** als **non data**, nicht aber als **sine re**, und daraus folgt, daß sogleich ein präterirter Haussohn aus der folgenden Klasse **unde liberi** die **b. p.** agnosciren konnte.

Wir kommen also stets auf dasselbe Resultat, daß nämlich immer der Haussohn zum **Int. quor. bon.** gelangen konnte, und ihm der **scriptus heres** keineswegs im Wege stand. Wozu soll ihm also eine **c. t.** gegeben worden sein? Man kann nicht einwenden, daß, wenn der Haussohn in der angegebenen Weise die Ertheilung der **sec. tab.** gleich verhindern oder die ertheilte zur **non data** machen wollte, er

2) Ebenso wie nach fr. 9. §. 1. unde cogn. wenn das Testament wegen Taubheit des Erbl. ungültig ist, und der Cognat dies weiß, sogleich ex die mortis die b. p. unde cognati läuft. So ist denn auch hier für uns die Einschränkung, daß die Frist von da läuft, wo der Haussohn seine Präterition erfuhr oder erfahren konnte. Man wird hier aber, wenn er sich nicht darum bekümmerte es zu erfahren, ebensowenig Umstände mit ihm gemacht haben, wie mit dem Cognaten, der die Taubheit des Erblassers nicht gewußt zu haben behauptete.

doch einen besonderen Beweis von der Ungültigkeit des Testaments liefern mußte. Wir müssen die Nachweisungen, die zu liefern sind, ganz ebenso fassen, mag nun der Haussohn c. t. oder **unde liberi** haben agnosciren müssen. Denn, sei das Eine oder das Andere richtig, so wird doch jedenfalls auf beiderlei Weise dem **scriptus heres** sein Recht entzogen, und der Prätor kann dies unmöglich ohne Vorbringung und Rechtfertigung von Gründen gethan haben. Welche bedingenden Beweise wir uns hier aber zu denken haben, wird später noch besonders geprüft werden. —

Das bisher Gesagte ist eine nothwendige Schlußfolgerung aus dem Wesen der **sec. tab.**, wir finden es nun aber auch ausdrücklich durch, wie mir scheint, ganz entscheidende Aussprüche unserer Quellen bestätigt. Dies giebt uns eine neue Bürgschaft, daß Alles, was wir über die **sec. tab.** gesagt haben, richtig sei, da es consequent zu Resultaten führt, die nun auch wieder mit äußeren Quellenzeugnissen übereinstimmen.

Der Satz: Die **b. p.** des präterirten Haussohnes ist stets eine **b. p. unde liberi** [3]), folgt zuerst schon aus Ulpian **XXII. 16.** Gaius **II. 123.** und Papinian in **fr. 1. de injusto rupto test.** Alle drei Juristen geben die völlige Nichtigkeit des Testaments als etwas ganz Allgemeines und Entschiedenes an. Es scheint mir gar nicht denkbar, daß sie hier bloß das Civilrecht hätten erwähnen können, wenn der Prätor den civilrechtlichen Satz nicht vollkommen anerkannt hätte. Die Römischen Juristen sprechen von dem überhaupt geltenden Recht, und wenn also Modificationen durch den Prätor hervorgerufen sind, so mußte das doch bemerkt werden, da es ja eine Verkehrtheit gewesen wäre, bei der Darstellung des Civilrechts das Prätorische gleichsam ganz zu vergessen, eine Verkehrtheit, wofür wir sonst in der Darstellungsweise der Römischen Juristen keine Beispiele finden. Namentlich scheint mir, sobald man des Gaius Institutionen unbefangen durchliest, sehr deutlich einem Jeden die Ueberzeugung sich aufdringen zu müssen, daß wir auf sein Stillschweigen ebenso sicher bauen dürfen, wie auf das, was er ausdrücklich sagt. Gerade im

3) Oder vor Aufstellung dieser besonderen Klasse: **unde sui.**

Erbrechte sehen wir ihn, wenn er auch hauptsächlich das Civilrecht darstellt, doch nie verfehlen, am passenden Orte wenn auch nur kurz die Emendationen anzugeben, welche dem Civilrechte durch den Prätor hinzugefügt seien, wogegen er das, was sich nicht mehr als wahre Emendation des Civilrechts auffassen läßt, allerdings übergeht.

So haben wir schon gesehen, daß er den **ordo unde cognati** als Verbesserung der Cognatenklasse noch angiebt, während er rücksichtlich der übrigen **gradus** auf sein anderes Werk verweist. Ebenso scheint mir auch großes Gewicht gelegt werden zu dürfen, nicht bloß auf das, was Gaius wirklich von der **c. t. b. p.** sagt, und an welchen Stellen er von ihr redet, sondern auch ebensosehr, was er nicht von ihr sagt, und an welchen Stellen er, wenn die **c. t.** hier Bedeutung gehabt hätte, doch nothwendig von ihr hätte sprechen müssen. Hier beim Haussohn ist gar nicht davon die Rede, und so dürfen wir denn auch annehmen, daß die Nichtigkeit des Testaments und die Eröffnung der Intestatsuccession allgemein praktisches Recht war, welches auch nicht einmal darin vom Prätor modificirt wurde, daß man ihn durch Anbietung von Vortheilen zum Aufgeben seines Civilrechts hätte bewegen wollen. Dies bestätigt auch vollkommen Paulus in **fr. 7. de lib. et post.**:

> **Si filius, qui in potestate patris est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur: et eo jure utimur.**

Paulus erwähnt die Praxis besonders wegen der entgegenstehenden Ansicht der Proculianer [4]); hielt man aber an dem strengen Satze des Civilrechts fest, sogar wenn der Notherbe bei Lebzeiten des Erblassers wieder weggefallen war, so ist doch noch viel weniger zu denken, daß, wenn er da war und Ansprüche machte, man davon abgegangen wäre.

Also schon die Art, wie die Römischen Juristen das Civilrecht darstellen, zeigt, daß der Prätor sich von demselben gar nicht entfernt haben kann. Dies wird nun zur Gewißheit erhoben durch drei Stellen, worin geradezu von dem Prä-

---

4) **Gai. II. 123.**

torischen Rechte in Bezug auf unsere Frage die Rede ist. Sie betreffen an und für sich drei verschiedene Fälle, aber um so sicherer wird dadurch unser Satz von verschiedenen Seiten aus beleuchtet.

1. Ein exheredirter **emancipatus** kann wegen Präterition seines in der Gewalt gebliebenen Bruders sogleich **b. p. unde liberi** erbitten:

Fr. 1. §. 9. si tab. test. null. — Si emancipatus filius exheres fuerit, is autem qui in potestate fuerat, praeteritus: emancipatum petentem ab intestato bonorum possessionem unde liberi, tueri debet Praetor usque ad partem dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset.

Hier wird also geradezu auch für das Prätorische System der Grund angegeben, es sei so, als wenn der Erblasser gar kein Testament hinterlassen hätte, und daraus folgt eben von selbst nach der allgemeinen Regel [5]), daß die erste Klasse der Intestatsuccession eintritt.

2. Wenn daher der **emancipatus** dennoch die **c. t. b. p.** agnoscirt, so ist das irrthümlich geschehen, und hat gar keine Bedeutung.

Fr. 32. de lib. et post. — Si filio emancipato exheredato, is qui in potestate est, praeteritus sit, ipse quidem emancipatus, si contra tabulas petat, nihil agit, ab intestato autem et suus et emancipatus veniet.

Hieraus sieht man recht klar, wie gar nicht daran gedacht wird, daß in einem solchen Falle noch eine **sec. tab. b. p.** agnoscirt werden könnte. Denegirte nicht der Prätor dem **scriptus** dieselbe, so könnte ja der Jurist gar nicht sagen, daß beide Söhne entschieden **ab intestato** nach Prätorischem Rechte succedirten, wovon doch eben die Rede ist.

3) Endlich wenn der präterirte **filius suus** selbst die **c. t.** agnoscirt, so hat dies ebenfalls gar nichts zu bedeuten, son-

5) Fr. 1. §. 1. quis ordo. — Sive tabulae testamenti non exstent, sive exstent, si secundum eas vel contra eas bonorum possessionem nemo accepit, intestati datur b. p.

dern es wird so gehalten, als habe er die b. p. unde liberi erbeten:

Fr. 15. pr. de legatis praest. — Is qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi contra tabulas bonorum possessionem petierit, quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret. Nec enim exceptio doli mali huic noceat, et absurdum est, cum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit, quum et sine hac hereditatem habiturus sit suo jure.

Dem filius darf gar nicht eingeworfen werden, er habe durch Agnition der c. t. das Testament anerkannt (nec doli mali exceptio noceat). Darin liegt eben, daß die c. t. b. p. ein gültiges Testament voraussetzt, und natürlich auch umgekehrt, daß, wo das Testament nichtig ist, keine c. t. statt finden kann. Wir dürfen also auch nicht mit Fabricius[6]) sagen: die c. t. b. p. des (filius) suus praeteritus sei juris civ. confirmandi causa eingeführt, denn dann wäre sie doch eine wahre c. t., ebenso wie die sec. tab., die zur Confirmation des Civilrechts dem scriptus gegeben wurde, um demselben zum Int. quor. bon. zu verhelfen. Hier ist's gerade nicht so, es ist nicht der alleinige und nothwendige Weg zum Interdict, sondern auch wenn sie unter diesem Namen agnoscirt war, so ist es doch gar keine wahre c. t. b. p. Und so konnten wir sie denn auch wohl am Einfachsten die nominelle c. t. b. p. nennen. —

Dasselbe, was wir aus diesen drei Stellen sehen, läßt sich auch noch durch ein anderes Quellenzeugniß belegen, auf dessen genauere Interpretation wir später noch zurückkommen werden. Es ist eine Grundregel der c. t. b. p. — exstitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas bonorum possessio peti potuit[7]). Beides, die Adition nach Civilrecht, und die Agnition, konnte, wie wir jetzt wohl annehmen dürfen, aus solchem nichtigen

6) B. p. S. 218.
7) Fr. 19. de c. t. b. p.

Testamente nicht statt finden, und so ist auch die c. t. b. p. unzulässig.

§. 74. Mit dem im vorigen § gewonnenen Resultate können wir uns aber doch nicht genügen lassen. Wenn die b. p. des präterirten Haussohns nur dem Namen nach eine c. t., dem Wesen nach aber eine unde liberi ist, woher kommt es denn überhaupt, daß sie in den Quellen den Namen der ersteren führt, was allerdings ganz entschieden der Fall ist? Weßhalb nannte man sie nicht auch nach dem, was sie wirklich war? Ein unnützes und verkehrtes Spiel mit Worten können wir doch den Römern unmöglich zutrauen, und so muß denn die Aufnahme der Haussöhne auch nur unter den Namen der c. t. b. p. ihre reellen Gründe haben.

Ich glaube in der That, daß sich deren vollkommen genügende aus den Quellen nachweisen lassen, die aber nichtsdestoweniger den Satz ganz unafficirt lassen, daß die nominelle c. t. eine reine b. p. unde liberi und keineswegs der Weg zur Erlangung des Interdicts ist.

1. Den ersten Grund kann ich am wenigsten aus den Quellen, aber wie mir scheint genügend aus der Natur der Sache rechtfertigen. Er ist überhaupt der unbedeutendste. Man könnte nämlich auf den ersten Blick meinen, daß, wo in den Quellen von einer c. t. b. p. des Haussohns die Rede ist, die Juristen immer von einer irrthümlich agnoscirten sprächen, welche denn doch keine nachtheiligen Folgen für den Irrenden haben sollte. Darin liegt allerdings das Richtige, daß wenn in der That ein solcher Irrthum vorgekommen war, wie ihn fr. 32. de lib. et post. sehr deutlich voraussetzt, dies weder dem Präterirten selbst, noch seinem emancipirten Bruder etwas schadet. Sie gelten ganz so, als wenn sie Beide gleich von vorn herein mit klarem Bewußtsein sich die b. p. unde liberi erbitten [1]).

Aber in dieser Weise lassen sich die meisten anderen Stellen, welche von der c. t. des Haussohns reden, nicht verste-

1) Von diesem letzteren Falle spricht das fr. 1. §. 9. si tab. test. null.

hen. Abgesehen von denen, welche der Verlauf der Darstellung mit sich führen wird, gehört hieher schon das dritte der im vorigen § mitgetheilten Hauptfragmente. In den andern beiden ist direct nur von der Agnition des emancipirten Bruders aus der Person des **filius fam.**, in dem **fr. 15. pr. de legat. praest.** aber von der Agnition dieses Letzteren selbst die Rede. Indem der Jurist davon spricht, ob bei ihm eine Anerkennung des Testamentes anzunehmen sei, muß er doch voraussetzen, daß der Agnoscirende mit klarem Bewußtsein handelte und nicht schon auf einen entschuldbaren Irrthum sich berufen konnte, und wenn Paulus seine Entscheidung nur auf das Vorhandensein eines Irrthums gestützt hätte, so wäre, da er diesen Grund nicht erwähnt, die ganz allgemeine Antwort, die er abgiebt, unrichtig.

Es läßt sich nun aber auch recht wohl erklären, daß Fälle vorkommen konnten, wo ein präterirter Haussohn gerade in Folge wohlüberlegter Berechnung die **c. t. b. p.** agnoscirt, und der Prätor sie ihm unmöglich verweigern konnte. Es stand fest, daß er ein Sohn des Verstorbenen, und in dessen Testament präterirt war, aber es konnte in verschiedener Weise ihm zweifelhaft sein, ob er von der väterlichen Gewalt befreit sei oder nicht, er konnte sich selbst für einen **filius fam.** halten und es in der That sein, aber doch eine Anfechtung dieses **status** von Anderen befürchten. Solche Fälle werden ja mehrfach in den Quellen erwähnt [2]), und es ließ sich in der Zeit, wo die Frist der **b. p. c. t.** ablief, und ohne die Behauptungen eines bestimmten Gegners die Sache vielleicht oft gar nicht gleich constatiren. Es war also sehr gerathen, daß er sogleich die **c. t.** erbat, um sich jedenfalls sein Erbrecht zu wahren, welches er sonst, falls sein Heraustreten aus der Gewalt sich bestätigte, völlig verloren hätte. Daß der Prätor ihm die **b. p.** nicht verweigern konnte, ist unzweifelhaft, da ja nur darin Ungewißheit vorhanden war, ob die **c. t.** oder das noch vollere Civilrecht ihm zustehe.

2. Aber solche Fälle sind doch nur selten; sie zeigen, daß allerdings ein Haussohn auch im eigenen Interesse wohl

---

2) **Fr. 6. §. 4. fr. 15. fr. 16. fr. 34 pr. de acq. vel om. her.**

einmal die c. t. erbitten konnte; dagegen ist es dabei nicht minder richtig, daß, wenn seine Qualification als Haussohn vollkommen feststand, seine b. p. stets eine unde liberi war. Die eigentliche praktische Bedeutung, welche die nominelle c. t. b. p. bei den Römern hatte, scheint mir in dem bisher Gesagten noch gar nicht angegeben zu sein. Diese liegt nämlich in dem Verhältniß des präterirten Haussohns zu anderen Notherben, die in demselben Erbfalle nebeneinander stehen. Die Quellen selbst führen uns hierauf, indem in den meisten unsere nominelle c. t. erwähnenden Stellen (und so auch in dem fr. 15. pr. de legat. praest.) gerade von einer solchen Concurrenz mehrer Notherben die Rede ist.

Es ist bekannt, daß die Römer nicht gern verschiedenartige Successionen in einem und demselben Erbfalle neben einander haben. Der Satz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest erklärt sich daraus. Wenn sie nun gerade bei der c. t. ungleichartige Successionen freilich keineswegs vermeiden konnten, wie wir das später noch genauer kennen lernen werden, so war es doch sehr natürlich, daß sie derartige Fälle nicht gern unnütz vermehrten. Man denke sich aber, wie sich im praktischen Leben die Sache sehr häufig gestalten mußte. Nehme man, daß Jemand mehre Kinder hinterläßt, z. B. einen Haussohn, einen Accrescenzerben und einen Emancipirten. Es sind hier sehr complicirte Fälle denkbar, wenn man den Einen als instituirt, den Anderen als präterirt, den Dritten als exheredirt annimmt. Die Einen konnten aus eigener Person ein Recht auf die c. t. haben, agnoscirten also gleich dieselbe. Daneben konnte dann aber noch ein präterirter filius fam. stehen, und was war natürlicher, als daß nun der Prätor, um die Erbverhältnisse der Kinder gleich auf einmal zu reguliren, sie alle in derselben Frist zusammenrief, also gerade in der ersten Frist, der der c. t. b. p., welche ja Einzelnen von den Kindern deferirt sein konnte. Das Civilrecht des filius suus war nur noch vollständiger, es war im Gegensatz zur c. t. b. p. das majus, letztere das minus. Aber gerade deßhalb konnte man auch sagen, daß das minus in dem majus begriffen sei, daß also der Haussohn gleich mit seinen Brüdern zusammen die

c. t. agnosciren dürfe. Darin sollte freilich nicht liegen, daß in der Anerkennung des **minus** ein Verzicht auf das **majus** enthalten sei, die **b. p.** wurde für den Haussohn immer nach den Grundsätzen der **unde liberi** beurtheilt, aber da doch Alle in derselben Frist vereinigt waren, so nannte man sehr natürlich die **b. p.** aller **liberi** die **c. t. b. p.**

Aber hiebei blieb man nicht stehen. Um die Succession sämmtlicher **liberi** ganz bei einander zu haben, mußte man auch die Instituirten herbeiziehen. Es geschah dies bekanntlich durch die **b. p. commisso per alium edicto**, von der unten noch mehr die Rede sein wird. Aus der Person dessen, der die **c. t.** hat, wird sie hier dem instituirten Bruder mitgetheilt, damit sie Alle unter Einer gleichartigen Succession ständen. Darnach mußte denn sowohl der instituirte Haussohn aus der Person des Emancipirten, als auch umgekehrt der instituirte **emancipatus** aus der Person des präterirten Haussohns die **c. t.** ableiten können. Denn in dem **majus** liegt ja das **minus**, und also wenn auch für den **filius fam.** stets die Intestatsuccession gilt, so theilt er doch sein Recht, da das Ganze unter der Leitung des Prätors steht, unter der Gestalt der Prätorischen **c. t.** den Uebrigen mit. Ich kann dies Alles hier nur erst andeuten, und verweise einstweilen namentlich auf **fr. 8. §. 14. de b. p. c. t.** und **fr. 16. de legat. praest.** Weiter unten bei der Entwicklung des Princips der **c. t.**, sowie der verschiedenartigen Concurrenzfälle mehrer Notherben, wird es erst klarer einleuchten können, daß das natürliche Streben, die **c. t.** über die ganze Erbschaft herrschen, und sämmtliche **liberi** soviel als möglich gleichartig succediren zu lassen, die nominelle **c. t. b. p.** hervorrufen mußte, wobei man doch aber immer bei dem Satze blieb, daß der Haussohn für seine Person stets das **majus** habe, wenn er auch Anderen nur das **minus** daraus mittheile.

§. 75. Bisher ist rücksichtlich der nominellen **c. t. b. p.** vornehmlich vom präterirten Haussohn die Rede gewesen, weil auch die mir entgegenstehenden Schriftsteller bei ihrer Ansicht über den Ursprung der **c. t.** denselben hauptsächlich im Auge haben. Indeß ist gleich von vorn herein zu vermuthen, daß

sie Aehnliches, als was beim filius jam natus anzunehmen sei, auch auf die postumi sui übertragen, da diese ja ebenso wie der Haussohn nach Civilrecht die Intestatsuccession eröffneten [1]).

Dieselben Gründe aber, welche gegen die c. t. b. p. des Haussohns bestehen, sprechen auch gegen die postumi; wir dürfen also schon deßhalb annehmen, daß die c. t. nicht im Stande war, ihnen Vortheile zu gewähren, welche nicht ebenso auch die Intestatsuccession mit sich führte, die das Civilrecht in Folge ihrer Präterition eröffnete [2]). Wir begegnen hier aber noch einer ganz eigenthümlichen Ansicht, wonach der Prätor in Bezug auf die postumi viel weiter gegangen wäre, als beim Haussohn, und deßhalb reicht denn auch unsere auf den Letzteren sich beziehende Widerlegung noch nicht hin. Förster, Bluntschli und Mühlenbruch nämlich (s. Note 1.) nehmen hier eine wahre Umänderung des Civilrechts durch den Prätor an. Im Prätorischen Rechte seien die postumi in einem viel beschränkteren Umfange anerkannt worden, man habe darunter nicht alle nach der Testamentserrichtung, sondern lediglich die nach dem Tode des Erblassers Geborenen verstanden.

Wenn aber in der That der Prätor den Begriff der postumi einschränkte, so liegt darin, daß nun das weitere Civilrecht außer Geltung gesetzt war, indem natürlich der Prätor in der Praxis seine Regel in Anwendung hat treten lassen. Und so sagt auch Bluntschli, dem Mühlenbruch hier offenbar beistimmt, ausdrücklich: alle postumi (außer den nach dem Tode des Erblassers Geborenen) hätten sich durchaus nicht von den schon zur Zeit der Testamentserrichtung lebenden Kindern unterschieden und die c. t. b. p. erhalten. Meint Bluntschli unter diesen Kindern die filii in potestate, so hätte der Prätor überhaupt nichts verändert, denn diese succedirten ja eben,

1) Namentlich hebt Fabricius (S. 37) dies hervor. S. auch Foerster p. 148. n. 13. Bluntschli S. 71 ff. Mühlenbruch Comm. XXXVII. S. 72.

2) Ich spreche hier bloß von den präterirten postumi, welche den Erblasser überleben und Ansprüche auf die Erbschaft machen. Die Fälle, wenn sie schon vor dem Erblasser verstorben waren, oder ihre Ansprüche aufgaben, werden in dem vierten Kapitel besprochen werden.

wie wir gesehen haben, nach Civil- und Prätorischem Rechte ab intestato. Meint er dagegen (und dies muß wohl seine Ansicht sein [3]), da ja der Prätor hier etwas Besonderes festgesetzt haben soll) —, daß jene postumi den Accrescenzerben gleichgestellt worden wären, so hat ihnen danach also der Prätor ihr Civilrecht, in Folge dessen sie als postumi gelten und Intestatsuccession eröffnen, denegirt, und sie gezwungen, die c. t. zu agnosciren.

Diese Rechtsumstoßung ist aber so auffallend, daß wir sie nur in Folge der schlagendsten Gründe annehmen könnten. Sie ist deßhalb so auffallend, weil ein solches directes Entgegentreten wider die Regeln des Civilrechts beim Haussohne von Niemandem behauptet wird, und nun sich gar nicht einsehen läßt, wie der Prätor dazu kam, gerade diesen postumi ihr Civil-Recht zu entziehen, während er den erst nach dem Tode des Erblassers Geborenen sowie den filii jam nati die Eröffnung der Intestatsuccession [4]) nicht versagt hätte. Wozu nun diese Ineleganz, daß gerade die zwischen der Testamentserrichtung und dem Tode des Erblassers Geborenen anders gestellt sein sollen, als die welche vor und nach diesen Zeitpunkten zur Welt kamen?

Die Gegner antworten hierauf: der Prätor habe nun einmal bei der c. t. den Satz aufgestellt, daß es für den Be-

3) Recht deutlich ist hier übrigens weder Bluntschli, noch Förster und Mühlenbruch. Ersterer sagt: „Waren sie sui, so brauchten sie freilich diesen Theil des Edicts gar nicht zu benutzen, sondern konnten ihr Recht als civile Intestaterben behaupten“ — nachher aber: „Uebrigens ist wohl zu berücksichtigen, daß sehr viele Fälle, wo nach Civilrecht Afterkinder vorkommen, hier gänzlich wegfallen.“ Also dieser zweite Satz ist doch die Einschränkung des ersten, und danach dürften denn nach Prätorischer Praxis nur die sui, die wirklich nach dem Tode des Erblassers geboren werden, ihr Intestaterbrecht geltend machen. — Dasselbe scheint auch Mühlenbruch, der sich auf Bluntschli beruft, zu meinen.

4) Denn in Beziehung auf diese behaupten jene Schriftsteller ja höchstens jenes oben mitgetheilte Wahlrecht, wonach man an der Geltendmachung des Civilrechts nicht verhindert, aber durch Anbietung von Vortheilen zum Verzicht auf dasselbe und zur Ergreifung der c. t. bewogen worden wäre.

griff der **postumi** nur auf die Todeszeit des Erblassers ankomme. Bei der **c. t.** handele es sich nicht an und für sich um die Gültigkeit des Testaments, sondern lediglich um die Berechtigung des Agnoscirenden, die natürlich erst nach dem Tode des Erblassers geltend gemacht werden könne.

Mir scheint hiermit aber der eigentliche Punkt, auf den es ankommt, gar nicht getroffen zu sein. Nach Civilrecht stehen, abgesehen vom **filius postumus**, alle übrigen **postumi sui** viel besser, als die **sui jam nati**. Sie eröffnen die Intestatsuccession, während Letztere nur das Accrescenzerbrecht haben. Nun aber handelt es sich bei der **c. t.** allerdings ganz vorzugsweise darum, ob das Testament gültig sei oder nicht; denn aus einem von vorn herein nichtigen Testament wird keine **c. t.** gegeben. Wir können hier also nur folgende Alternative aufstellen: entweder hat der Prätor den zwischen Testamentserrichtung und dem Tode des Erblassers Geborenen ebenso wie den später Geborenen, ihr volles Civilnotherbenrecht anerkannt, dann kann bei sämmtlichen **postumi** nur von einer nominellen **c. t. b. p.** die Rede sein; oder er hat den vor dem Tode Geborenen ihr eigenthümliches Civilrecht, das ihnen als **postumi** zustand, genommen, wonach denn alle diese **postumi** (außer etwa der **filius**) das Testament nicht mehr vernichteten, sondern sie nur gegen dasselbe als ein an und für sich gültiges die **c. t. b. p.** hatten. Dieser letztere Theil der Alternative wird aber durch jenen von den Gegnern angeführten Grund gar nicht bewiesen. Es ist darin allerdings das richtig, daß bei der **c. t. b. p.**, wie überhaupt bei allen **b. p.**, überhaupt nur der in Betracht kommt, welcher nach dem Tode des Erblassers vorhanden ist und Ansprüche macht. Von diesen **postumi** sprechen wir hier auch überhaupt nur (Note 2). Aber folgt denn daraus, daß der Prätor rücksichtlich des Grundes, worauf solche **postumi** ihr Erbrecht stützen, lediglich das **mortis tempus** berücksichtige, und auf diese Weise das ihnen zustehende Recht auf Intestatsuccession elidire? Logisch sehe ich hier nicht den geringsten Causalzusammenhang, und daß die Quellenzeugnisse, welche man für diese Folgerung angeführt hat, nichts beweisen, scheint mir sich nicht schwer zeigen zu lassen. Ich muß freilich hier die Hauptstelle (**fr. 1.**

§. 1. und 2. de c. t. b. p.) noch übergehen, die nachher einer genaueren Prüfung zu unterwerfen ist. Abgesehen aber von dieser sind die übrigen Stellen leicht hinwegzuräumen; fr. 4. §. 1. de c. t. b. p. beweist gar nichts, weil darin dem nepos, dessen Vater noch lebt, überhaupt alles Notherbenrecht abgesprochen wird; fr. 12. pr. de inj. rupt. und Gai. II. 147. 148. ebenfalls nichts, weil darin von postumi die Rede ist, die vor dem Erblasser wieder wegfielen. Von diesen ist hier aber gar nicht die Rede; — fr. 3. §. 10. de b. p. c. t. [5]) ist noch viel weniger von Bedeutung. Hier wird von denen gesprochen, welche nicht instituirt werden, also keinen Anspruch auf die c. t. haben können. Das wird allerdings nach dem mortis tempus beurtheilt. Aber daraus soll nun gleich gefolgert werden dürfen, daß für den, welcher umgekehrt instituirt werden kann, ebenfalls nur das mortis tempus in Betracht komme, um danach zu entscheiden, ob ihm sein Civilerbrecht entzogen, und nur ein Recht auf die c. t. zugestanden werde?

Es finden sich also keine Gründe, woraus sich der merkwürdige Satz rechtfertigte, daß der Prätor die vor und nach dem Tode des Erblassers geborenen postumi sui verschieden behandelt habe. Es steht ihm auch noch positiv die historische Entwicklung des Rechts der postumi entgegen. Es wurde im Anfange der Kaiserzeit, durch die lex Junia Velleja, gerade für die bei Lebzeiten des Erblassers geborenen postumi überhaupt erst festgestellt, daß man sie instituiren oder exherediren dürfe. Ihr Ruptionsrecht wurde dadurch eingeschränkt, man wollte nur noch im Fall der Präterition ihnen dasselbe zugestehen. Aber in diesen Gränzen wollte man ihnen dasselbe doch entschieden lassen, wie die Erörterungen der klassischen Juristen über die lex Velleja ganz unverkennbar zeigen [6]). Mir scheint es undenkbar, daß der Prätor dies nun gleich wieder hätte abändern können, und noch viel mehr, daß, wenn

---

5) Liberi qui instituti jure heredes non possunt, nec c. t. b. p. petere possunt. Haec autem verba: institui non possunt, ad mortis tempus referuntur.

6) S. namentlich fr. 29. §. 5 ff. de lib. et post.

er es gethan, die Juristen es bei Entwicklung der **lex Velleja** so ganz mit Stillschweigen hätten übergehen dürfen.

§. 76. Jedenfalls also dürfen wir annehmen, daß die **postumi sui**, wenn sie wollten, im Fall der Präterition ihr Civilintestaterbrecht geltend machen durften. Aber dabei bleibt denn noch immer die Ansicht möglich, wie sie für den **filius suus** aufgestellt worden ist, daß der **postumus** die Wahl zwischen seinem Civilrecht und der **c. t.** hatte, und daß letztere ihm den Vortheil gewährte, die Ertheilung der **sec. tab.** zu verhindern, und sich selbst das **Int. quor. bon.** zu verschaffen. Aber ebenso wie wir dies beim **filius jam natus** haben verwerfen müssen, so läßt es sich auch hier widerlegen.

Einestheils steht hier schon, ebenso wie beim Haussohn, die Darstellung des Gaius entgegen, dessen Worte (II. 130—134) wir wohl unbedenklich aus den Justinianeischen Institutionen entnehmen dürfen. Er spricht lediglich vom Civilrecht der **postumi**, von einer irgendwie modificirenden **c. t. b. p.** ist gar nicht die Rede.

Ebenso unerklärlich, wie das Schweigen des Gaius, wäre aber auch das Justinians in den Institutionen, der im §. 1. und 2. **I. de exher. lib.** doch gewiß die Worte des Gaius nicht so unverändert aufgenommen haben würde, wenn die **c. t.** hier einen Vortheil gewährte, indem er in den Institutionen die Veränderungen und Verbesserungen des Prätors ganz gewissenhaft anführt.

Wir haben aber außerdem noch eine andere Stelle, welche uns entschieden zeigt, daß wir für den präterirten **postumus suus** durchaus dasselbe annehmen müssen, als was eben von der nominellen **c. t. b. p.** des Haussohns gesagt wurde:

> **Fr. 4. §. 3. de c. t. b. p. (Paul.)** — **Si quis eum qui in utero est, praetermiserit, etiam nondum nato eo alius, qui heres institutus est, bonorum possessionem contra tabulas admittere potest, quia iniquum est, neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu contra tabulas peti potest, nec contra tabulas, quamdiu non nascitur praeteritus, ut, et si ante moriatur, bono-**

rum possessionis beneficium ad heredem transmittat. Quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede, qui nec hereditatem interim adire potest.

Es ist in dieser Stelle von der **b. p. commisso per alium edicto** die Rede; dies ist also ganz dasselbe, als was oben rücksichtlich der Concurrenz eines präterirten **filius suus** mit einem instituirten Bruder gesagt wurde [1]). In dem größeren Rechte des Präterirten liegt auch das **minus**, nämlich die **c. t.**, welche deßhalb aus seiner Person auf den instituirten Bruder übertragen wird, ohne daß aber dadurch für den präterirten Bruder und die ihm nach Civilrecht zustehende Intestatsuccession irgend eine Veränderung einträte. Daß nun der Jurist es ganz so auch beim präterirten **postumus suus** annimmt, beweist unsere Stelle vollkommen. Es wird in derselben der bekannte Satz vorausgesetzt, daß, so lange ein präterirter **postumus suus** erwartet werde, die **scripti** noch keine **her. aditio** vornehmen können. Die Möglichkeit dazu spricht Paulus dem eingesetzten **emancipatus** ja entschieden ab, ferner sagt er aber auch, daß ebenfalls die Agnition der **sec. tab.** nicht statthaft sei. Er hätte denselben Grund dafür angeben können, welcher auch der **her. ad.** des **scriptus** entgegensteht, nämlich daß überhaupt die testamentarische Succession, also auch die Prätorische, durch Erwartung eines präterirten **postumus** suspendirt wird [2]). Aber da dieser Grund sich von selbst verstand, so hebt Paulus nur den anderen, nicht so nahe liegenden, aber gerade für das Prätorische Princip der **c. t. b. p.** besonders wichtigen hervor. Er sagt: **sec. tab.**

---

1) Fr. 16. de legat. praest.

2) Dieser Fall, auf den auch Ulpian in fr. 30. §. 6. de acquir. her. deutet, (indem er die her. ad. des suus heres nur für gültig erklärt, wenn der postumus institutus ist oder der Erblasser ohne Testament verstorben ist) steht dem andern ganz gleich, wenn der zu erwartende postumus dem vorsteht, um dessen Antretung es sich handelt. Von diesem aber sagt Ulpian in derselben Stelle §. 1.: »Idemque et per bonorum possessionem edictalem.« Also das Prätorische System folgt hier, wie schon von vorn herein zu erwarten war, ganz den Regeln des Civilrechts.

könne der instituirte Bruder nicht agnosciren, weil erst die Frist der c. t. b. p. vorhergehe. In der c. t. b. p. will der Prätor die gesammte Succession der Kinder, der präterirten wie der instituirten, reguliren. Der Instituirte erhält aus der Person des zu erwartenden postumus die c. t, obgleich dieser Letztere für sich selbst die Intestatsuccession eröffnet. Also da dem Instituirten zuerst die c. t. deferirt wird, so kann er noch nicht die sec. tab. agnosciren. Nun aber steht dieser Agnition der c. t. noch der Umstand entgegen, daß doch eigentlich erst der postumus geboren sein muß, durch dessen Existenz der Instituirte sie ja überhaupt erst erhält. Indessen wird dies Hinderniß nicht für genügend erklärt. Weil der Institutus vor Erscheinen des postumus sterben könnte, und dadurch ganz ohne seine Schuld die Transmission des Erbtheils auf seine Erben verhindert werden würde, so greift der Prätor ein, und ertheilt auch vor Erscheinen des Postumus eine decretalis c. t. b. p. [3]).

Aber in der Stelle liegt noch mehr, und dies ist für uns von ganz besonderem Interesse. Paulus sagt, die Ertheilung der b. p. sei für den instituirten **emancipatus** nothwendig, weil er nicht auf andere Weise zur Erbschaft gelangen könne. Darin liegt das unabweisbare argumentum a contrario, daß der instituirte **suus** die Ertheilung der commitirten c. t. nicht so nöthig hat, weil er jure civili die **her. aditio**, vornehmen kann. Dies läßt sich nun aber nur so erklären. Der instituirte emancipatus hat ja an und für sich ein Recht auf die hereditas nur durch seine Institution. Dieses ist noch suspendirt durch die Erwartung des postumus. Wenn nun dieser erscheint, und die Intestatsuccession eröffnet,

3) Ja sogar, wenn der institutus schon vor Agnition der b. p. stirbt, so wird durch decretum des Prätors die Agnition als geschehen angenommen. S. das gleich folgende fr. 5. de c. t. b. p. v. Julian. — Der Grund des decretum ist, daß zu einer Zeit, wo die Frage, wer das Vermögen erhalte, noch ganz in suspenso ist, der Prätor kraft seiner Machtvollkommenheit dem in der That Berechtigten sein Recht auf den Fall sichern will, wenn derselbe vor Ablauf jener Zeit der Unsicherheit versterbe. Ein ganz ähnlicher Fall findet sich in fr. 1. §. 1. ad SC. Tertull.

so ist das Mittel, auch den **emancipatus** zur Erbschaft gelangen zu lassen, nur ein Prätorisches, nämlich die **b. p. unde liberi**, und deßhalb kann ihm auch nur durch ein Prätorisches Mittel nämlich die committirte **c. t. b. p.** schon vor Erscheinen des **postumus** geholfen werden [4]). Dagegen bei einem instituirten **suus** ist es ganz anders. Wenn sein Bruder, ein präterirter **postumus suus**, die Intestatsuccession eröffnet, und also mit der Vernichtung des ganzen Testaments freilich auch jene Institution ungültig macht, so nimmt dafür nun der (instituirte) **suus** kraft seines civilen Erbrechts an der Intestatsuccession Theil. Mithin ist es jedenfalls sicher, daß er durch **her. aditio** zur Erbschaft gelangen kann, entweder wenn der **postumus** nicht erscheint, kraft seiner Einsetzung, oder wenn er erscheint, kraft seines Intestaterbrechtes. Und eben deßhalb muß er auch, da für ihn gar keine Unsicherheit besteht, noch vor Erscheinen des **postumus** die **her. aditio** gültig vornehmen dürfen, oder vielmehr, da er ja ein **suus** ist, die Erbschaft fällt ihm auch ohne besondere Antretungshandlung **ipso jure** zu [5]). Hieraus folgt denn eben, was unser Jurist sagt, daß bei ihm die Agnition der **b. p. c. t.** nicht nöthig ist, obgleich sie freilich, wie unsere Stelle ebenfalls zeigt, ihm vom Prätor nicht versagt werden kann.

Unsere Stelle beweist hiernach zweierlei:

1. Daß auch nach dem Prätorischen Rechte (denn davon ist ja in derselben vorzugsweise die Rede) der präterirte **postumus suus** die Intestatsuccession eröffnet, die also natürlich jedenfalls für seine Person entschieden gilt [6]), an der aber auch

---

4) Wie es überhaupt kommt, daß die **b. p. unde liberi**, welche ein Instituirter an und für sich hat, wenn sein Bruder die Intestatsuccession eröffnet, — als eine **c. t. b. p.** angesehen wurde, kann erst am Ende dieses Kapitels bei der genaueren Darstellung der Concurrenz mehrer Notherben ausgeführt werden.

5) Stirbt er deßhalb vor Erscheinen des **postumus**, so gilt es doch, als wenn die Erbschaft ihm zugefallen wäre. **Fr. 16. de lib. et post.** v. African.

6) Mithin ist, da gerade auch der Prätor die Intestatsuccession anerkennt, nicht daran zu denken, daß nach Erscheinen des **postumus** noch etwa von einem **extraneus b. p. sec. tab.** agnoscirt werden könnte.

sein in väterlicher Gewalt befindlicher Bruder Theil nehmen kann, ohne die Agnition der b. p. nöthig zu haben.

2. Daß die c. t. b. p. des **postumus** ganz dieselbe Bedeutung hat, welche wir der des Haussohns beigelegt haben. Daß sie für ihn selbst nur eine nominelle ist, die ganz das Wesen der Intestatsuccession beibehält, liegt schon in dem vorhergehenden Punkte. Aber diese nominelle c. t. hat, ebenso wie wir es beim Haussohn gefunden haben, Bedeutung im Fall der Concurrenz mit anderen **liberi**. Indem diese sie aus der Person des **postumus** ableiten dürfen, sogar schon vor seiner Geburt, erhalten sie ein Recht, welches den **sui** immerhin nützlich, den **emancipati** sogar nöthig ist, um nicht eine unbillige Verzögerung des Erbschaftserwerbes eintreten zu lassen. —

Das wichtige Resultat dieser Stelle wird nun vollkommen bestätigt durch ein anderes Fragment von Papinian, welches genau denselben Fall bespricht. Auf den ersten Blick scheint es das Prätorische Recht gar nicht zu erwähnen, bei genauerer Betrachtung aber wird wohl Niemand verkennen, daß sie sehr deutlich die Eröffnung der Intestatsuccession durch Präterition des **postumus** sowohl nach Civil- als Prätorischen Grundsätzen anerkennt. Beide Stellen ergänzen sich genau, indem jede von beiden Einzelnes weitläuftiger erörtert, was aus der anderen nicht so klar zu ersehen ist [7]); und deßhalb ist die Zusammenstellung beider besonders lehrreich:

> **Fr. 84. de acquir. vel om. her. — Ventre praeterito si filius, qui fuit emancipatus, aut exter heres institutus sit, quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas; sed si vacuo ventre mulier fuit, et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intelligitur; emancipatus aut exter non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnantem sciant. Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne ini-**

---

7) Daß hier die Römischen Juristen verschiedene Theorien gehabt hätten, wie Fabricius (b. p. S. 186. not. 271) annimmt, vermag ich nicht einzusehen.

quum erit, interea defunctam filiam heredi suo relinquere nihil? et ideo decreto filio succurrendum est, quia sive frater ei nascatur sive non nascatur, patri heres futurus est. Eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est.

Papinian drängt hier in wenige prägnante Worte Vieles zusammen. Ich will es in die einzelnen Punkte zerlegen.

1. Er beginnt mit einem Satze, der in jener Paulinischen Stelle gar nicht erwähnt ist. Wenn man allerdings die Frau für schwanger hält, aber der scriptus heres (sei es ein Sohn oder ein extraneus) mit Recht überzeugt ist, daß sie nicht schwanger sei, so gilt seine Erbantretung auch ehe wirklich die Wahrheit allgemein bekannt wurde [8]). Nur beim suus ist hier noch wieder die Ausnahme, daß auch wenn er incertus ist über die Schwangerschaft, und diese nur in der That nicht vorhanden war, ihm ipso jure die Erbschaft zufällt [9]).

2. Dann geht Papinian zu dem Fall über, wenn die Wittwe in Wahrheit schwanger ist. Dem extraneus scriptus ist hier nicht zu helfen, und deßhalb erwähnt er ihn gar nicht mehr. Es gilt hier allgemein, was schon gleich im Anfange der Stelle gesagt wird. Das Testament wird rumpirt, und ebendeßhalb wird auch schon vor der Ruption gar keine testamentarische Succession (nach civilem wie Prätorischem Rechte) deferirt. Noch viel weniger aber kann davon nach der Ruption die Rede sein, denn die ganze Sistirung der testamentarischen Delation geschieht ja nur deßhalb, weil man nicht etwas erst als gültig annehmen mag, was dann doch bald hinterdrein als ungültig zusammen fallen kann. Nur noch den Kindern succurrirt der Prätor, und darin liegt also, daß dem scriptus extraneus in keiner Weise mehr eine b. p. sec. tab. zu Gute kommen kann.

Daß hier Papinian des Prätors erwähnt, scheint mir unzweifelhaft, theils durch Zusammenhaltung mit jener Stelle

---

8) Fr. 30. §. 4. 5. de acq. her.

9) Fr. 30. §. 6. eod.

des Paulus, theils durch das Wort **decreto**, welches doch gar nicht anders als von einer **decretalis b. p.** verstanden werden kann. Und hiermit ist denn auch bewiesen, daß gerade die Nichtigkeit des Testaments, die Papinian voraussetzt, die Grundlage bildet für die Hülfe, welche der Prätor den übrigen Kindern angedeihen läßt.

3. Dieser besondere Schutz des Prätors bezieht sich aber nur auf die Zeit vor Geburt des **postumus**. Papinian hebt mit Recht hervor, daß Beide, der **filius suus** wie **emancipatus**, falls sie nach der Geburt ihres Bruders noch leben, jedenfalls Antheil am Vermögen bekommen, und zwar schon nach den gewöhnlichen civilen und Prätorischen Rechtsregeln [10]). Also bedarf es nur vorher einer **decretalis b. p.**, um die Erben dieser instituirten Kinder sicher zu stellen, falls sie vor dem Erscheinen des **postumus** versterben sollten. — Zuerst wird nun vom instituirten **filius suus** gesprochen. Papinian hebt hier (was Paulus ausläßt) den Grund hervor, daß ja jedenfalls die Erbschaft **jure civili** an diesen gelangen werde. Dagegen läßt Papinian aus, was wir aus der Paulinischen Stelle ersehen, daß der **filius suus** in Folge dieses Grundes **interim** bereits die **hereditatis aditio** vornehmen kann. Papinian begnügt sich damit, den angeführten Grund zur Rechtfertigung der Prätorischen Hülfe hervorzuheben, welche dem **filius suus** noch neben der **her. aditio** zusteht.

4. An den **suus** knüpft dann Papinian den **emancipatus**, während in der Darstellung des Paulus umgekehrt der Letztere mehr hervorgehoben wird, um zu zeigen, daß dieser der **b. p.** noch viel mehr bedarf als der **suus**, welcher doch die **her. ad.** vornehmen konnte. Und überhaupt ist Paulus

---

10) Die Terminologie Papinians ist hier absichtlich sehr genau. Vom **filius suus** sagt er **heres futurus est**. Vom **emancipatus** sagt er nur: **rem omnimodo habiturus est**. Denn wenn der **postumus** todt zur Welt kam, so konnte der **emancipatus** allerdings die **her. ad.** aus dem Testament vornehmen, erschien aber in der That ein **postumus**, so concurrirte der **emancipatus** mit ihm nur nach Prätorischem Recht. Papinian konnte also zur Umfassung beider Fälle (**omnimodo**) nicht sagen: **heres futurus**, sondern nur: **rem habiturus est**.

darin vollständiger, daß er uns zeigt, die hier ertheilte b. p. sei eine aus der Person des **postumus** abgeleitete c. t. Daß sie eine **decretalis** sei, erfahren wir dagegen nur von Papinian.

Durch diese beiden hiemit erörterten Fragmente scheint mir das Wesen der dem präterirten **postumus suus** zustehenden nominellen c. t. b. p. festgestellt. Wir finden hier ganz dasselbe, als was wir oben beim Haussohn gefunden haben, und auf diese völlige Gleichstellung beider auch im Prätorischen Rechte muß doch gleich zuerst schon die Vermuthung führen, da sie ja auch in Beziehung auf die Eröffnung der Intestatsuccession sich nach Civilrecht vollkommen gleichstehen. Der Prätor hätte gar keinen Grund gehabt, dem Einen dies Recht anzuerkennen, und dem Andern es zu entziehen; denn die allerdings wichtige Verschiedenheit, die zwischen Beiden besteht, (daß der Eine das Testament **ab initio**, der Andere es erst hinterdrein nichtig macht), kommt hier, wo wir Beide als noch vorhanden und Ansprüche machend annehmen, gar nicht in Betracht. So sehen wir denn auch noch in einem andern Rechtsgebiete das hier Entwickelte bestätigt, nämlich durch die Art, wie der Prätor im Fall der Ruption durch den **postumus** Tutoren giebt. Das, was die Römischen Juristen hievon sagen, müßte ganz anders lauten, wenn der Prätor, der ja auch die Tutoren ernennt, im Erbrecht von den Grundsätzen des Civilrechts abgewichen wäre.

> **Fr. 31. de test. tut. Si pater exheredatae filiae tutores dederit, et testamentum ejus ruptum dicatur nato postumo, commodissimum est, eosdem tutores pupillae dari ad petendam intestati hereditatem.**

Die c. t. b. p. läßt die Vormundschaftsernennungen, wie man allgemein mit Recht annimmt, bestehen. Es kann also, wenn der Postumus rumpirt, keine wahre c. t. bestehen, denn alsdann ließe sich weder von einer Einforderung der **intestati hereditas** noch einer neuen Ernennung von Vormündern durch den Prätor reden. Unsere Stelle aber sagt es ausdrücklich, daß die testamentarische **tutoris datio** ungültig wird, und

der Prätor neue Vormünder ernennt, wobei er freilich sehr natürlich auf die im nichtigen Testament benannten Personen Rücksicht nimmt. Es kann auch ferner nicht daran gedacht werden, daß der Prätor da noch eine sec. tab. b. p. an den Instituirten gebe, wo er schon Tutoren giebt, um die Intestaterbschaft einzufordern. —

Hiernach wird man auch nicht versucht sein können, die entgegengesetzte Ansicht, die c. t. sei nöthig, um dem scriptus heres das Int. quor. bon. zu entziehen, noch auf l. 2. C. de b. p. c. t. stützen zu wollen, obgleich diese Stelle an und für sich einigen Schein dafür darbietet.

Alexander (224). — Postumo nato, qui neque heres institutus a patre, neque nominatim exheredatus est, testamentum rumpitur; et si contra tabulas b. p. infantis nomine a tutore petita est, secundum tabulas possessio locum habere non potest.

Man kann dies allerdings so verstehen, die sec. tab. werde nur dadurch verhindert, daß die c. t. agnoscirt sei, sonst nach Versäumung der Letzteren werde sie jedenfalls ertheilt werden. Aber sicher würde dies doch nur sein, wenn es hieße: si c. t. b. p. petita non est, s. t. p. locum habere potest. Und ebensogut läßt sich der Sinn auch so fassen: das Testament ist rumpirt, also nichtig, und sobald dies zu Tage kommt (was am natürlichsten dadurch sich zeigt, daß der Tutor gleich die nominelle c. t. erbittet), so kann eine sec. tab. b. p. nicht Statt haben. Für die Frage also, ob eine sec. tab. ertheilt werden würde, wenn keine c. t. erbeten ist, und ob nicht die etwa ertheilte sec. tab. als non data zusammenfällt, sobald sich die Ruption constatirt, — hiefür beweist die Stelle nichts. Wir müssen in Folge anderer Beweise die Frage beantworten, und danach diese zweifelhafte Stelle interpretiren. In dieser Hinsicht aber sind die bisher gelieferten Beweise wohl genügend.

II. Das Recht der Accrescenzerben.

§. 77. Es hat uns bisher bei der Frage über den Umfang und Ursprung der c. t. b. p. ein nur **negativer** Be=

weis beschäftigt. Für die präterirten **filii** und **postumi sui** kann sie, um ihnen ein Recht auf das **Int. quor. bon.** vor dem Eingesetzten zu geben, unmöglich entstanden sein, diese Personen gehören dem eigentlichen Gebiete der **c. t. b. p.** gar nicht an.

Wir haben jetzt zu den positiven Beweisen überzugehen, aus denen wir die Entstehung und das eigentliche Wesen der **c. t.** uns zu erklären haben. Abgesehen von den **filii** und **postumi** bleiben nur noch zwei Klassen von Personen übrig, auf die sich der Umfang der **c. t. b. p.** erstreckt, die Accrescenzerben und die Emancipirten. Daß wir sie uns nicht für die Letzteren eingeführt denken können, dafür sind schon oben genügende Gründe vorgebracht worden. Es läßt also schon dieser negative von allen Seiten geführte Beweis gar kein anderes Resultat übrig, als daß der Prätor darauf ausging, das Recht der Accrescenzerben zu verbessern und mit dem der **filii** und **postumi** auszugleichen (s. §. 70.), und daß wir darin den Ursprung der wahren **c. t. b. p.** zu finden haben, d. h. derjenigen, deren Wirkung nicht die Eröffnung der Intestatsuccession, sondern nur eine Vernichtung einzelner im Testament enthaltener Verfügungen ist.

Für diese Annahme sprechen nun gleichmäßig die äußeren Quellenzeugnisse wie der innere Zusammenhang, der sich hier zwischen den Sätzen des civilen und Prätorischen Rechts nachweisen läßt.

Das Civilrecht der Accrescenzerben stand freilich dem der **filii** und **postumi sui** schon darin gleich, daß sie mit instituirten **sui** nach Viriltheilen concurrirten; denn dasselbe Resultat entstand ja auch für alle **sui**, wenn in Folge der Präterition eines Haussohns oder durch Ruption die Intestaterbfolge eröffnet wurde. Der Unterschied war nur, daß in letzterem Falle die Legate ungültig wurden, während, wenn ein Accrescenzerbe sein Notherbenrecht geltend machte, die Nebenbestimmungen des Testaments bestehen blieben. In Bezug auf die Universalsuccession war aber doch schon völlige Gleichheit der **sui** vorhanden.

Wenn indessen **extranei** im Testament eingesetzt waren, so konnte der präterirte Accrescenzerbe nur die Hälfte des Ver-

mögens erhalten, während präterirte Haussöhne und nachgeborene Kinder die ganze **hereditas** sich aneigneten. Die Accrescenzerben stehen nun aber doch ganz auf derselben Verwandschaftsstufe wie sämmtliche **postumi sui** mit Ausnahme des **filius postumus.** Es ist bloß der Unterschied, daß die Einen vor, die Anderen nach der Testamentserrichtung geboren waren. War man nun schon, wie ich im §. 70. ausgeführt habe, darauf ausgegangen, die **postumi sui** den **sui jam nati** in Bezug auf die Möglichkeit der Institution und Exheredation gleichzustellen, so mußte es doch um so mehr als eine **juris scrupulositas** erscheinen, daß nicht auch die Wirkungen der Präterition für sämmtliche **sui** gleichartig waren. Hier griff deßhalb der Prätor ein, er gab den Accrescenzerben die **c. t. b. p.**, damit ebenso, wie die nachgeborenen **filiae, nepotes etc.** durch Eröffnung der Intestatsuccession die ganze Erbschaft erhielten, so auch die schon Lebenden den eingesetzten Erben völlig vertreiben könnten. Daß dies der Zweck der den Accrescenzerben gegebenen **c. t.** war, beweist die Darstellung des Gaius vollständig. Während derselbe, wie schon oben hervorgehoben wurde, beim **filius** (II. 123.) und bei den **postumi sui** (§. 130—134) eine **c. t. b. p.** gar nicht erwähnt, entwickelt er für die **ceterae liberorum personae** §. 124—129. das Civilrecht zugleich mit den vom Prätor hinzugefügten Verbesserungen.

§. 124. Ceteras vero liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum. praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem adcrescunt, si sui instituti sint, in virilem, si extranei in dimidiam; id est, si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo pro quarta parte fit heres . . . .; at si extraneos ille heredes instituerit, et filiam praeterierit, filia adcrescendo ex dimidia parte fit heres; quae de filia diximus eadem et de nepote deque omnibus liberorum personis, sive masculini sive feminini sexus, dicta intellegemus. §. 125. Quid ergo est? licet — secundum ea quae diximus scriptis heredibus dimidiam partem tantum

detrahant, tamen praetor iis contra tabulas bonorum possessionem promittit; qua ratione extranei a tota hereditate repelluntur.

Aber noch in anderer Weise bedurfte das Notherbenrecht der **sui** der Ausgleichung. Nicht bloß in den Wirkungen desselben, auch in den Regeln, wie die Institution und Exheredation vorzunehmen sei, bestanden Verschiedenheiten, die nicht mehr zeitgemäß waren. Der **filius** und **postumi** männlichen Geschlechts mußten **nominatim**, die **postumi** weiblichen Geschlechts konnten **inter ceteros** exheredirt werden. Sehr natürlich, daß der Prätor diese Regel für alle **sui** allgemein machte, d. h. daß er auch für die Accrescenzerben männlichen Geschlechts die namentliche Exheredation vorschrieb. Auch diesen zweiten Punkt hebt Gaius gleich hinterdrein hervor (§. 127—129), wie wir trotz der Unleserlichkeit der Stelle doch noch genau erkennen können.

Hiemit sind also die beiden Punkte, die ich am Ende des §. 70. als der Rechtsänderung besonders naheliegend aufstellte, entschieden bewiesen, und der Gedanke, daß darin gerade der Ursprung der **c. t.** zu suchen ist, scheint mir nach den bisherigen Ausführungen sehr nahe zu liegen. Die **c. t. b. p.** ist, wie wir theilweise schon dargethan haben, ein Institut, das seinem Grundwesen nach **sui** als die berechtigten Subjecte voraussetzt, und wir werden nachher noch andere Gründe anzuführen haben, die genügend zeigen, daß die Emancipirten in den Quellen immer gleichsam als ein Appendix erscheinen, die erst mit Hülfe der Fiction, sie seien nicht emancipirt, herzugezogen, und bei der Darstellung der **c. t. b. p.** stets erst in zweiter Stelle erwähnt werden.

Also nur für **sui** kann dieselbe eingeführt worden sein, aber nun doch hinwieder nicht für den **filius** und die **postumi** in der Art, wie dies neuerdings so vielfach angenommen wird. Das Institut bleibt seiner ganzen Gestaltung nach dabei ebenso unerklärlich, als wenn wir zu den **emancipati** unsere Zuflucht nehmen wollten. Die Intestatsuccession, welche jene Personen eröffnen, und das ganze Princip der **c. t.**, welche ein an und für sich gültiges Testament voraussetzt, sind völlig unvereinbare Dinge. Auch nicht einmal in der Gestalt, welche nach

unserer obigen Untersuchung in der That die c. t. der Haussöhne und **postumi** hat, können wir den Ursprung des Ganzen finden wollen, an welches sich dann erst später die b. p. der Accrescenzerben angeschlossen hätte. Jene nominelle b. p. setzt offenbar eine wahre c. t. voraus, an die sie sich anlehnt. Ich glaube gar nicht, daß die nominelle erst später an die wahre c. t. b. p. angeknüpft worden sei, aber sie kann umgekehrt nicht früher schon als eine selbständige vorhanden gewesen sein. Der Prätor wollte das Notherbenrecht sämmtlicher **sui** gleich machen, er mußte also doch jedenfalls, wenn vernachlässigte Accrescenzerben allein vorhanden waren, für sie eine Agnitionsfrist vor der **sec. tab.** anberaumen. Er mußte aber auch, um die Succession sämmtlicher **liberi sui** gehörig reguliren zu können, in dieser Frist ebenfalls alle übrigen vorhandenen **sui** zusammen rufen, auch diejenigen, für deren Person er durchaus die Intestatsuccession gelten ließ, und um derentwillen allein er nie die c. t. b. p. geschaffen haben könnte. Deßhalb edicirte er seine Klasse als eine für a l l e **l i b e r i** aufgestellte, aber dabei müssen wir doch immer im Auge behalten, daß nur die **liberi**, welche durch die c. t. ein anderes Recht erhalten, als sie nach Civilrecht hatten, wahre Inhaber der c. t. b. p. sind. Die übrigen haben sie nur dem Namen nach, weil die Agnitionsfrist für alle concurrirenden Kinder dieselbe war. Aber sehr natürlich ist, daß auch da, wo von einer Concurrenz mehrer Kinder gar nicht die Rede war, also der Verstorbene nur einen **filius** oder **postumus suus** hinterlassen hatte, man für die von ihm agnoscirte b. p. den allgemeinen Namen beibehielt, und sie eine c. t. nannte. Wußte doch ein Jeder, daß sie nichts als eine **unde liberi** b. p. sei.

Erst wenn wir die c. t. an das Recht der Accrescenzerben anknüpfen, scheint mir ihre ganze Gestalt gehörig erklärt werden zu können. Sie enthält nicht einen Complex einzelner willkührlich vom Prätor ausgedachter Rechtssätze, sie ist das natürliche Ergebniß, welches sich von selbst darbieten mußte, wenn man die Accrescenzerben den übrigen **sui** gleichstellen wollte. Aus dem weiter unten folgenden Abschnitt über die Wirkungen der c. t. wird dies deutlich hervorgehen, aber der Verlauf der Darstellung wird auch noch manche andere

feinere Beziehungen ans Licht bringen, in denen wir die Anknüpfung des Prätorischen Institutes an das civile Recht der Accrescenzerben erkennen können.

Soviel erhellt schon aus dem bisher Gesagten, daß, während wir die nominelle c. t. b. p. nicht einmal eine confirmandi jur. civ. causa proposita nennen konnten, die wahre den Accrescenzerben gegebene allerdings einen correctorischen Charakter hat. Denn dadurch werden ja, wie Gaius sagt, die extranei a tota hereditate repellirt. Aber es leuchtet auch genügend ein, daß die Correction hier vollkommen zurück tritt gegen die Emendation, die das Civilrecht von der anderen Seite erhielt. Es war eine juris iniquitas, daß das Geborensein vor oder nach dem Testamente einen Unterschied im Notherbenrechte machen sollte. Und daher erklärt sich, daß Gaius der Correction auch hier gar nicht gedenkt, sondern, gerade weil er ganz davon schweigt, offenbar die Prätorische Rechtsänderung als eine sehr natürliche Ausgleichung mit dem auffaßt, was für die übrigen sui schon nach Civilrecht festgestellt war. Hierin aber liegt die Voraussetzung, daß dies Civilrecht auch wirklich schon so gestaltet war, um das mindere Recht der Accrescenzerben als eine juris iniquitas erscheinen zu lassen. Es läßt sich nicht wohl denken, daß, als die postumi überhaupt noch nicht einmal instituirt oder exheredirt werden konnten, der Prätor schon auf Einführung der c. t. gekommen wäre. Wir müßten dann annehmen, er habe die ganze Rechtsentwicklung, welche die Ausgleichung des Rechts sämmtlicher sui zum Ziel hatte, begonnen. Und das würde viele Bedenken gegen sich haben. So lange die postumi als incertae personae mit den sui jam nati noch gar nicht verglichen werden konnten, war dies verschiedene Recht des filius und der ceterae liberorum personae nach dem von Alters her zwischen Beiden angenommenen Unterschiede noch gar nichts Auffallendes; und diesen Unterschied ohne weitere Veranlassung einzureißen, scheint mir nicht im Wesen der Prätorischen, eigentlich nur auf Emendationen ausgehenden Thätigkeit zu liegen. Erst als dem Rechte der postumi gleicher Charakter mit dem der sui gegeben war, d. h. seitdem sie instituirt oder exheredirt werden konnten, mußte es in die Augen fallen, daß

gar kein Grund mehr vorläge, einen Unterschied danach zu machen, ob der **suus** vor oder nach dem Testament geboren sei. Und so konnte man erst nach der Feststellung des Rechts der **postumi** auf eine Verbesserung des Rechts der Accrescenzerben aufmerksam werden. Hier war es natürlich, daß der Prätor eingriff, um eine Rechtsentwicklung fortzusetzen, die durch civilrechtliche Organe begonnen war. So erst erklärt sich, daß wir bei der **c. t.** die Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts rücksichtlich der Exheredation finden, indem der Prätor sie vom Rechte der **postumi** entlehnte.

Hiedurch gewinnen wir Anhaltspunkte, wann wir uns die Einführung der **c. t.** zu denken haben. Das Recht der **postumi** wurde besonders erst durch die **lex Junia Velleja** festgestellt, und so haben wir die **c. t.** als eine vielleicht sehr bald eingetretene Folge dieser **lex** aufzufassen. Aber freilich ist dies keineswegs über allen Zweifel erhoben, und es wird uns deßhalb im folgenden Kapitel noch zu genaueren Untersuchungen veranlassen. Denkbar, obgleich mir nicht wahrscheinlich, bleibt auch die entgegengesetzte Annahme, daß die **c. t.** schon eingeführt worden sei, als die meisten **postumi** noch für **incertae personae** gehalten wurden, daß mithin die Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts gerade umgekehrt von der **c. t.** auf die **postumi** übertragen ward. Jedenfalls wird dadurch der übrige Theil unserer Beweisführungen, daß die **c. t. b. p.** weder für die **filii** oder **postumi sui** noch für die **emancipati** entstanden sein könne, sondern daß sie ihrem Grundwesen nach ein Recht der Accrescenzerben ist, nicht im Geringsten afficirt.

§. 78. Wir haben aber jetzt eine Stelle kennen zu lernen, welche der bisherigen Darstellung vollkommen entgegenzustehen scheint. Es ist das erste Fragment im Titel **de c. t. b. p.**, in welchem ganz **ex professo** Wesen und Umfang der **c. t.** entwickelt wird, und so muß es uns allerdings als eine Hauptstelle erscheinen. Aber ich glaube sagen zu dürfen, daß ebendeßhalb es auch vorzüglich diese Stelle ist, welche so vielerlei Irrthümer in unsere Lehre gebracht und der richtigen Anschauung entgegengestanden hat. Sie lautet folgendermaßen:

Fr. 1. de c. t. b. p. — In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt. §. 1. Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo jure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex jure civili. §. 2. Haec autem clausula etiam ad postumos videtur pertinere. §. 3. Sed et si ab hostibus postliminio redierint filii, Pomponius putat, ad contra tabulas bonorum possessionem eos admitti. §. 4. Si ex tribus filiis unus ab hostibus captus sit, duobus, qui sunt in civitate, bessis bonorum possessio competit. §. 5. Idem et in postumo; nam quamdiu postumus speratur, in ea causa est, ut partem faciat. §. 6. Et sui juris factos liberos inducit in bonorum possessionem Praetor.

Das Principium sagt, die **c. t. b. p.** sei für die **liberi** aufgestellt, und gewiß ist dies ein im Edicte selbst gebrauchter Ausdruck, den Ulpian hier nur wiederholt und genauer interpretirt. Er geht im Einzelnen den Umkreis dieser **liberi** durch, und hier ist nun einleuchtend, wie schon oben hervorgehoben wurde, daß er im §. 1—5 nur von den **liberi sui** spricht, und wir werden es auch in der Folge noch durch Anderes bestätigt finden, daß die Römer unter **liberi** an und für sich immer die **sui** verstehen. Nur wurden dann noch nebenbei die **emancipati** den **sui** gleichgestellt, und als fingirte **sui** mit in die **b. p. c. t.** inducirt, wie Ulpian im §. 6. hinzufügt. Sie werden also allerdings auch mit unter dem Wort **liberi** verstanden, aber als ein Nebenpunkt, und man muß keineswegs glauben, daß die Römer den Ausdruck **liberi** als einen allgemeinern gewählt hätten, um damit anzudeuten, daß es auf väterliche Gewalt nicht ankomme. Es ist gerade umgekehrt, unter **liberi** begreift man an und für sich die **sui**, aber die **emancipati** werden, weil man sich ihre **cap. dim.** als rescindirt denkt, dann auch mit dazu gezählt [1]). Es ist also ganz

1) Dies zeigt auch die fast wörtlich gleichlautende Darstellung Ulpians in fr. 1. §. 5. u. 6. si tab. test. null.

dasselbe, wenn man technisch sagte, die c. t. b. p. sei der gradus der liberi, oder wenn wir als das Grundprincip der c. t. die Suität hervorgehoben finden [2]), worauf dann erst die Emancipirten durch Fiction zurückgeführt werden müssen, um an dieser Klasse Theil nehmen zu können.

Lassen wir nun aber einstweilen die aus der Gewalt Getretenen bei Seite, um genauer die Darstellung zu prüfen, welche Ulpian von den sui in den §§ 1—5. giebt. Es ist einleuchtend, daß diese sich mit den Resultaten unserer bisherigen Untersuchung schlecht vereinigt; aber weil doch diese auf entschiedenen, in ihrer Aechtheit nicht zu bezweifelnden Quellenaussprüchen ruht, so muß uns das sehr natürlich auf den Gedanken bringen, ob hier nicht etwa Ulpians Worte eine wesentliche Interpolation erlitten haben. Und in der That glaube ich, daß sich diese hier, wie vielleicht kaum eine andere im Corpus Juris, mit Sicherheit nachweisen läßt. Die Veränderung, welche Justinian's Compilatoren in dieser Stelle getroffen haben müssen, ist äußerlich sehr gering und unscheinbar, aber dabei doch von der größten Bedeutung. Ulpian muß nämlich im §. 1. statt des Wortes liberi: **filii** geschrieben haben. — Außer dieser Veränderung haben wir aber den Compilatoren noch die Streichung eines vielleicht ziemlich weitläuftigen Satzes zuzuschreiben, der zwischen §. 5. u. 6. gestanden haben wird, und worin Ulpian ähnlich wie Gaius II. §. 124. u. 125. das Recht der Accrescenzerben auf die c. t. b. p. abhandelte. Diese beiden Behauptungen habe ich jetzt darzuthun. Es muß dies von doppelter Seite aus geschehen; es ist einestheils nachzuweisen, daß Ulpian nicht so geschrieben haben kann, wie wir es in den Digesten lesen; anderntheils, daß die angegebenen Umgestaltungen der Stelle vom Standpunkte des Justinianeischen Rechtes aus ganz nothwendig waren.

Jener erste Punkt ergiebt sich nach den bisherigen Ausführungen ziemlich von selbst. Im §. 1. ist von den sui jam

---

2) Fr. 4. §. 2. de c. t. b. p. — Ad testamenta feminarum edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet, quia suos heredes non habent.

nati die Rede. Wie kann aber Ulpian von diesen Allen gleichmäßig sagen, sie würden vom Prätor zur c. t. eo jure gerufen, welches ihnen schon das Civilrecht verleiht? Die Accrescenzerben bekommen ja eben durch den Prätor ein Recht auf die ganze Erbschaft, während das Civilrecht dies ihnen versagt, und da doch Ulpian nichts Anderes gesagt haben kann als Gaius, so muß er auch ebenso wie dieser den filius von den ceteri jam nati getrennt haben, wie er es ja auch in seinen Fragmenten genau thut [3]), und nur auf die filii paßt der von Ulpian ausgesprochene Satz, denn nur bei diesen ist die c. t. b. p. ihr ganz unverändertes Civilrecht, d. h., wie wir oben nachgewiesen haben, sie werden für ihre Person nur nominell in den Umkreis dieser Klasse mit aufgenommen.

Nur wenn wir den §. 1. lediglich auf die filii beschränken, gewinnt denn auch der §. 2. Verständlichkeit. Dieselbe Klausel soll auch für die postumi sui gelten. Wenn nun Ulpian im §. 1. nicht bloß von den filii, sondern auch von den Accrescenzerben spräche, so käme ja der Satz heraus, daß für sämmtliche sui die c. t. nichts Anderes enthielte, als was ihr Civilrecht schon gewährte. Wenn aber Ulpian das sagen wollte, so konnte er sich doch wahrlich kürzer ausdrücken, und er kann es ja gar nicht gesagt haben, weil es so entschieden falsch sein würde. Dagegen bekommt der §. 2. seine volle Bedeutung, sobald im §. 1. nur vom filius die Rede war. Ulpian setzt hinzu, dasselbe was beim filius gilt, finde auch bei den postumi statt, d. h. sie haben nur eine nominelle c. t., der Prätor erkennt ihnen, wie wir dies oben schon aus anderen Stellen nachgewiesen haben, vollkommen ihr Civilintestaterbrecht an.

Daß Ulpian in diesen beiden §§. nur vom filius und den postumi gesprochen haben kann, sehen wir nun auch aus den folgenden drei Paragraphen. Er kehrt noch einmal zu den filii zurück (§. 3. 4.), um einen besonderen Fall hervorzuheben, wo der Sohn jetzt freilich nicht da ist, aber sein Erscheinen (falls er nämlich aus der Gefangenschaft zurückkehre)

---

3) XXII 16. 17.

gehofft, und ihm deßhalb ein Theil aufbewahrt wird. Ganz analog fügt er daran im §. 5. wieder die Worte: **Idem et in postumo.** Wenn dessen Erscheinen gehofft werde (d. h. wenn er erst nach dem Tode des Erblassers geboren wird), so nehme er ebenfalls Theil an der Succession. Darin aber liegt der Beweis, daß er im §. 2. nicht schon dasselbe gesagt haben kann, was er jetzt im §. 5. hervorhebt. Vielmehr hat er vorher ganz allgemein von den **postumi** gesprochen, sie würden **eo jure** gerufen, **quo vocantur ex jure civili**, er kann also damit nicht bloß die meinen, welche er im §. 5. noch besonders in Vergleichung mit den gefangenen Söhnen erwähnt, er muß ebenso wie die vorhandenen Söhne, so auch die schon vorhandenen **postumi** (d. h. die zwischen der Testamentserrichtung und dem Tode Erschienenen) umfaßt haben.

Das Resultat ist also, daß in den §. 1—5 lediglich von der nominellen **c. t. b. p.** die Rede war, und für diese, wie wir sie oben untersucht haben, ist denn auch die Charakterisirung Ulpians so bezeichnend wie möglich. Sie ist ja eben *nichts* Anderes als die Berufung nach dem Rechte, welches dem Berufenen schon nach Civilrecht zustand. Da nun Ulpian im §. 6. gleich auf die Emancipirten kommt, so würde danach das Recht der Accrescenzerben ganz ausgelassen sein, und dies anzunehmen scheint mir bei dieser Stelle, die recht eigentlich den Umfang der **c. t. b. p.** entwickeln sollte, ganz unmöglich. Es kann auch nicht erst hinter den Emancipirten von ihnen die Rede gewesen sein, denn Ulpian stellt diese als erst zur **c. t.** Hinzugefügte dar. Von der wahren **c. t. b. p.**, wie sie den Emancipirten zu Theil wurde, ist aber in den §. 1—5 noch gar nicht die Rede. Also kann wohl kein Zweifel sein, daß vor dem §. 6. erst noch in ähnlicher Weise, wie Gaius davon spricht, das Recht der Accrescenzerben abgehandelt worden ist. Der Gedankengang Ulpians war offenbar der: er will den Umkreis der **liberi** genauer erklären, welchen die **c. t. b. p.** verliehen ist. Hier mußte er nun zuerst von den **sui** sprechen, und zwar beginnt er mit denjenigen **sui**, deren **c. t.** sich vom Civilnotherbenrecht nicht unterscheidet. Nothwendig mußte er aber hierauf auch von denjenigen **sui** sprechen, denen die **c. t. b. p.** eine wesentliche Verbesserung

ihres Rechts war, und bei denen deßhalb erst von einer wahren c. t. die Rede sein konnte. Erst nachher konnte er dann zu denen übergehen, bei welchen das Grunderforderniß dieser Klasse, nämlich die Suität, nur durch eine Fiction supplirt wurde [4]). —

Hiermit scheint mir gerechtfertigt zu sein, wie unsere Stelle vor den Umgestaltungen der Compilatoren gelautet haben muß; und daran sind nun die Gründe zu knüpfen, um derentwillen Justinian die ächten Worte unmöglich beibehalten konnte.

Bekanntlich hat Justinian in der wichtigen l. 4. C. de lib. praet. das mindere Civilrecht der Accrescenzerben aufgehoben, und sie den **filii sui** ganz gleichgestellt. Daraus aber folgt es von selbst, daß nun auch die c. t. b. p. für sie nur noch dieselbe Bedeutung hatte, als dies von jeher für die **filii** der Fall war, d. h. sie wurde zu einer bloß nominellen, während nur noch für die Emancipirten die wahre c. t. b. p. bestehen blieb. Es ist nun bisher viel zu wenig beachtet, welche Rückwirkungen dies auf die ganze Justinianeische Compilation äußern mußte, von denen die Umgestaltung des **fr. 1. de c. t. b. p.** wahrlich nicht die einzig erkennbare ist.

Das Bild, wonach die Schriften der Juristen in den Digesten excerpirt werden mußten, liefert uns der Titel der Institutionen **de exheredatione liberorum**. Hier ist bis zum §. 3. vom Notherbenrechte sämmtlicher **sui** die Rede nach den

---

4) Es wird wohl Niemand einwenden wollen, daß Ulpian in den Fragmenten XXII. 14—23. das Recht der Accrescenzerben auf die c. t. ebenfalls nicht erwähne, sondern nach Darstellung des Civilnotherbenrechts der **sui** lediglich von der c. t. der **emancipati** spreche. So könne er es ja nun auch hier im fr. l. de c. t. b. p. gemacht haben. — Ich glaube aber kaum ernstlich mich auf Widerlegung dieses Widerspruchs einlassen zu brauchen. Es handelt sich hier von Ulpians weitläuftigem Edictscommentar, die c. t. b. p. sollte hier vollständig erörtert werden, und wenn nun gar erst die c. t. der **filii** und **postumi** hervorgehoben wird, so kann doch Ulpian unmöglich gerade die **sui** ausgelassen haben, die nicht **eo jure vocantur, quo vocantur ex jure civili**, die also Hauptpersonen für die c. t. b. p. sind.

drei Klassen der filii, der Accrescenzerben und der postumi. Von einer selbständige Rechte gewährenden c. t. b. p. ist bei allen diesen Personen gar nicht die Rede, obgleich doch sonst auch Justinian von der nominellen c. t. der sui spricht [5]). Vielmehr wird des Accrescenzerbenrechtes nur als einer Antiquität gedacht, und das, was Gaius über ihre c. t. b. p. sagt, wurde gestrichen. Zeichen genug, daß Justinian die ceterae liberorum personae dem filius ganz gleich behandelt wissen will, also im Fall ihrer Präterition Nichtigkeit des Testaments und Intestatsuccession eintreten soll. Erst im §. 3. kommt er dann auf die c. t. b. p. als ein für die emancipati bestehendes Institut.

Hieraus erklärt sich nun vollkommen die Gestalt zweier in diese Lehre schlagender Pandektentitel. Der eine ist der de liberis et postumis. (XXVIII. 2). Liest man denselben durch, so findet man immer nur Stellen, welche vom filius und von den postumi reden, sehr natürlich, denn das, was die Römischen Juristen über die Accrescenzerben sagten, konnte nicht mit excerpirt werden, und Justinian zeigt es schon durch den Titel an, daß, was die Stellen vom filius sagen, überhaupt von allen liberi gelten soll. Der andere Titel ist eben unserer de c. t. b. p. Es ist darin nur sehr wenig von der nominellen c. t. des filius und der postumi die Rede, eben weil er ja vorzugsweise von der wahren c. t. handeln sollte. Von den Accrescenzerben aber ist nun wieder hier eben so wenig zu finden, als im Titel de liberis et postumis, weil die davon handelnden Stellen der Römischen Juristen, in Folge des genauen Zusammenhangs mit dem civilen Accrescenzerbrecht, zur Aufnahme nicht geeignet waren. Daher kommt es, daß als Subjecte der c. t. b. p. vorherrschend nur die emancipati vorkommen, und so ist denn der Gedanke auch freilich sehr erklärlich, daß man das Ganze für ein hauptsächlich um ihretwillen eingeführtes Institut ansehen zu müssen glaubte. Aber wir dürfen, da wir jetzt klarer sehen können, nie vergessen, daß in der Justinianeischen Gestalt die ganze eine Hälfte der zur c. t. berechtigten Personen hinweggefallen

---

5) §. 12. I. de her. quae ab int.

ist. Hiernach verstand es sich denn auch von selbst, daß ebenso wie schon der Titel **de liberis et postumis** die Justinianeische Veränderung anzeigt, so auch in fr. 1. §. 1. das von Ulpian geschriebene Wort **filii** mit **liberi** zu vertauschen war. Vielleicht sind auch noch die Worte: **eoque ordine** eine Interpolation. Wenn sie Ulpian geschrieben hat, so muß er damit eigentlich nur pleonastisch gemeint haben, die **filii** würden nach demselben Recht und nach den Grundsätzen desselben **ordo (unde liberi)** gerufen, als sie schon nach Civilrecht die Erbschaft erhalten. Da aber **ordo** im Sinn von „Erbklasse" bei den Römern nicht gebräuchlich war, sie vielmehr dafür das Wort **gradus** nehmen, so ist es wohl wahrscheinlicher, daß erst Justinian, indem er den **filii** die übrigen **sui** gleichstellt, zu den Ulpianschen Worten **eo jure** noch das **eoque ordine** hinzusetzte, um damit gleich die naheliegende Frage zu entscheiden, in welcher Ordnung sie zur Succession berufen sein sollen.

§. 79. Unser Satz, daß die **c. t. b. p.** ihrem Grundwesen nach ein für die **sui** aufgestelltes Institut ist, um das Recht der Accrescenzerben mit dem des **filius** und der **postumi** auszugleichen, scheint mir durch die bisherige Untersuchung bewiesen zu sein. Ich habe daran gleich die Darstellung zweier Nebeninstitute der **b. p.** zu fügen, die wir in unseren Quellen gerade in engerer Verbindung mit **c. t.** verknüpft finden. Ich meine die **missio ventris nomine** und die **b. p. Carboniana**. Beide Lehren sind neuerdings trefflich dargestellt worden von Bachofen [1], und es kann mir nicht in den Sinn kommen, das von diesem Schriftsteller Gegebene, soweit ich es billige, hier wiederholen zu wollen. Aber von dem Zusammenhange dieser Institute mit der **c. t. b. p.** habe ich noch Genaueres anzufügen, das einestheils zur Erklärung der Lehren selbst, anderntheils auch zur weitern Durchführung der bisher gewonnenen Resultate mir nöthig scheint.

---

1) Pfandrecht I. S. 327—362.

1. Die missio ventris nomine.

Es ist eine sehr verbreitete Ansicht, daß diese missio nothwendig mit der c. t. b. p. zusammenhänge, so daß man sich das Bestehen der ersteren ohne das der letzteren nicht wohl denken könne. So hat Huschke aus dem Vorkommen der missio auf die Einführungszeit der c. t. b. p. geschlossen [2]), und auch Bachofen meint, sie sei, ausschließlich im Anfange mit der c. t. b. p. zusammenhängend, erst später auf andere partes edicti ausgedehnt worden. Die Gründe hiefür sind hauptsächlich die Stellung dieser Lehre in den Digesten, so wie auch gleich das fr. 1. pr. de ventre in poss. mitt.:

> Sicut liberorum eorum, qui jam in rebus humanis sunt, curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sunt, propter spem nascendi non neglexit; nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem, vice contra tabulas bonorum possessionis.

Bachofen aber bemerkt mit Recht, daß wir nicht einen *eigenen* Abschnitt im Edicte hiefür annehmen dürfen, denn es wird uns entschieden berichtet, daß auf die prima pars edicti (von der c. t. b. p.) sogleich als secunda pars das Carbonianum edictum folgte [3]). Und dies zeigt auch die eben angeführte Stelle: „auch bei dieser pars des Edictes, nämlich bei der c. t. b. p., schütze der Prätor die noch nicht Geborenen." Also mag wohl in einer kurzen Nebenbemerkung im Edicte der c. t. b. p. von der missio ventris nomine die Rede gewesen sein. Indessen enthalten die Worte et hac parte edicti bereits die Hindeutung, daß dieselbe Berücksichtigung der postumi auch bei den übrigen partes edicti statt findet, und dies ist ja bekanntlich ganz entschieden der Fall [4]).

---

2) Richtersche Jahrb. 1839. Heft I. S. 18.

3) Fr. 4. de Carb. ed.

4) Fr. 10. de ventre in poss. — Postumus natus quocunque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus jam erit, potest agnoscere bonorum possessionem. Nam et ventrem Praetor ex omnibus edicti partibus mittit in possessionem bonorum, non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessioem. Fr. 1. §. 5. ad Sc. Tertull.

Die **missio ventris nomine** ist ein allgemeines Nebeninstitut der **b. p.**, wodurch allen, gleichviel aus welchem Grunde Berufenen, wenn sie beim Tode des Erblassers noch nicht geboren, wohl aber concipirt sind, die Erlangung der Erbschaft erleichtert wird. Und in dieser Weise ist es allerdings richtig, daß im Prätorischen Rechte die nach dem Tode Geborenen einen ganz eigenthümlichen Begriff der **postumi** bilden, womit aber doch die im §. 75. widerlegte Ansicht keine Unterstützung gewinnt. Denn dieser vom Prätor aufgestellte und durch die **missio** geschützte Kreis der Postumen geht über das Gebiet der **liberi** ganz hinaus, und dadurch kann also auch gar nichts weder dafür noch dagegen bewiesen werden, ob der Prätor den **postumi sui**, welche schon vor dem Tode des Erblassers erschienen sind, ihr Civilintestaterbrecht anerkennt oder nicht. Für diejenigen dagegen, welche das Civilrecht gar nicht kennt, kommt natürlich nur jener Prätorische Begriff der **postumi** in Betracht, und so kann man denn allerdings von einem **postumus ex emancipato** nur sprechen, wenn derselbe nicht bloß nach der Testamentserrichtung sondern auch nach dem Tode des Erblassers geboren ist.

Daß nun dieses Princip: alle **postumi** sollen in sämmtlichen Theilen des Edicts denen, **qui jam in rebus humanis sunt**, gleichstehen — erst nach und nach von der **c. t. b. p.** auf die übrigen Klassen der **b. p.** ausgedehnt worden sei, dafür finde ich in unseren Quellen nirgends einen Beweis. Die Zusammenfassung der ganzen Lehre in den Digesten gleich bei der **c. t.** rührt nämlich, wie wir noch genau erkennen können, lediglich von den Compilatoren her. Ulpian, aus dessen Fragmenten der Titel **de ventre in poss. mitt.** hauptsächlich besteht, hat in seinem Edictscommentare an ganz verschiedenen Orten von dieser **missio** gesprochen. Das **fr. 1.** ist aus seinem 41sten Buche **ad edictum**, und hier spricht er allerdings von der **missio**, welche **vice contra tabulas bonorum possessionis** gegeben wird. Auch ist es sehr natürlich, daß er hier nach Erörterung der berechtigten Subjecte (**pr.** — §. 16.) gleich die allgemeinen Grundsätze mittheilt, welche überhaupt bei allen **missiones ventris nomine** statt finden (§. 17—28). Aber von einer Erweiterung der **missio** auf die anderen Edicts-

klassen, zu der erst die c. t. b. p. die Veranlassung gegeben habe, ist gar nicht die Rede. Und es kann auch wohl nicht bezweifelt werden, daß ebenso wie bei der c. t., so auch wieder ganz selbständig bei der sec. tab. b. p. im Prätorischen Edicte von den postumi die Rede war. Denn die Emendationen, welche der Prätor für die postumi alieni einführte [5], können doch wahrlich nicht bei der c. t. b. p. ihren Platz gefunden haben. Deßhalb ist es denn auch bei weitem das Natürlichste anzunehmen, daß das fr. 6. de ventre, welches ebenfalls aus Ulpians 41stem Buche genommen ist, aber von der missio eines extraneus postumus spricht, sich bei Ulpian nicht an die Darstellung der contra tabulas, sondern an die der sec. tabulas anschloß. Denn in diesem Buche war auch schon die letztere Klasse abgehandelt [6]). Endlich spricht Ulpian von der bei der Intestatsuccession eintretenden missio erst im 47sten Buche, woraus das fr. 7. de ventre genommen ist, also erst hinter den Prätorischen Intestatklassen [7]),

5) Pr. I. de b. p.

6) Fr. 2. de b. p. sec. tab.

7) Fr. un. unde vir et uxor ist ebenfalls aus diesem 47sten Buche. Man sollte meinen, Ulpian würde am Ende der Cognatenklasse von der missio gesprochen haben, denn natürlich bei der b. p. unde vir et uxor konnte sie nicht vorkommen. Dem widerspricht aber ein Basilikenscholiast ad l. 6 Bas. XXXIX. I. de querel. test. (Heimbach IV. p. 5.), der von der Sache unterrichtet zu sein scheint: Post bonorum possessionem unde vir et uxor Praetor haec subjecit et dixit: In omnibus autem bonorum possessionibus (d. h. es werden hier wohl nur die b. possessiones ab intestato gemeint sein, denn daß bei der contra und secundum tab b. p. noch besonders von den postumi die Rede war, kann doch wohl nach dem im Text Gesagten nicht geläugnet werden) si inciderit persona postumi, nato quidem eo do competentem bonorum possessionem: quamdiu autem est in utero, mitto eum in possessionem, quae dicitur ventris nomine. Hoc autem caput adhibe eis bonorum possessionibus, in quibus de persona postumi tractari potest. Nam in b. p. unde vir et uxor hoc non procedit, et ineptum est hoc dicere. Quomodo enim dici potest, vel uxorem postumam mariti, vel maritum postumum uxoris esse? Hiernach bestand also hinter der b. p. unde vir et uxor ein eigenes caput über die missio ventris nomine bei den Inte-

und dies wird ebenfalls nur darin seinen Grund haben, daß auch bei der Intestatsuccession sich eine eigene Bemerkung über die Zulassung des venter im Prätorischen Edicte fand.

Hiernach sind also historische Andeutungen, bei welcher Klasse wir den Ursprung der **missio** anzunehmen hätten, gar nicht vorhanden. Es wäre möglich, daß die betreffenden Stellen zu gleicher Zeit bei der **contra, secundum tabulas** und der **ab intestato b. p.** ins Edict eingefügt worden seien; oder wer es auch hier für wahrscheinlich hält, daß das spätere allgemeine Princip sich aus ursprünglich kleinerem Keime entwickelt habe, kann ebenso gut meinen, daß es bei der **ab intestato b. p.** begonnen habe, und dann auf die **c. t. b. p.** ausgedehnt worden sei, als umgekehrt. Denn daß die späteren Römischen Juristen in ihren Edictscommentaren das Allgemeine der ganzen Lehre gleich da abhandeln, wo sie zuerst von der **missio** zu sprechen haben, also bei der **c. t. b. p.**, — daraus ist doch wahrlich kein Beweis zu entnehmen, für diese Klasse müsse auch die **missio** zuerst eingeführt worden sein.

Gehen wir nun aber genauer darauf ein, wie Ulpian in **fr. 1. de ventre** die **vice c. t. b. possessionis** stattfindende **missio** darstellt. Seine Auffassung ist ganz analog der, welche wir überhaupt von der **c. t. b. p.** haben kennen lernen. Wir sehen, daß in dem Satze, die **missio** werde **vice contra tabulas bonorum possessionis** gegeben, als etwas sich von selbst Verstehendes der andere Satz enthalten ist, sie stehe den **sui** zu. So heißt es gleich im §. 2:

> **Toties autem mittitur in possessionem venter, si non est exheredatus, et id, quod in utero erit, inter suos heredes futurum est. Sed et si incertum sit, aliquo tamen casu possit existere, quo, qui editur, suus futurus sit, ventrem mittemus; aequius enim est, vel frustra nonnunquam impendia fieri, quam denegari aliquando alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est.**

Ulpian giebt hier das eigentliche Princip an, welches dem

---

stattlassen, welches uns der Scholiast ziemlich wortgetreu mitzutheilen scheint.

Institute zum Grunde liegt; der, welcher **dominus bonorum** werden wird, sobald er erscheint [8]), d. h. der **suus**, soll in aller Weise geschützt werden, auch auf die Gefahr hin, daß er nicht erschiene, also der Erbschaft unnütze Kosten verursacht worden wären. Dies Princip setzt aber die Suität nothwendig voraus, nur für sie gilt der Satz, daß, sobald der **suus** erscheint, er von selbst **dominus bonorum** wird, was ja die Römer soweit ausdehnten, daß der schon vorhandene **suus** auch bereits bei Lebzeiten des Vaters «**dominus quodammodo existimabatur.**» So spricht denn auch Ulpian in den folgenden §§. immer nur vom **suus**, und erst im §. **11.** kommt er auf den **emancipatus**. Ebenso wie er bei der **c. t. b. p.** sagt: **Et sui juris factos liberos inducit in b. p. Praetor**, so sagt er hier: **Etiam ex emancipato venter ad possessionem admittitur.**

Wir sehen also auch hier, daß die **emancipati** nur als ein Anhang erscheinen, auf die analog ausgedehnt wird, was sich an und für sich nur auf die **sui** bezieht. Ulpian führt dies auch ausdrücklich noch weiter durch. Das eigentliche Princip der **missio** liegt hier nicht vor, denn von einem zukünftigen **dominus bonorum** ist hier nicht die Rede. Aber dennoch darf man analogisch den **emancipatus** dem **suus** gleichstellen:

> **Est enim aequissimum, partui consuli, qui natus bonorum possessionem accepturus est.**

Die Verschiedenheit in der Ausdrucksweise ist auf den ersten Blick einleuchtend. Wenngleich der aus der Gewalt Getretene nicht **dominus bonorum** ist, so hat ihn doch die Prätorische Machtvollkommenheit durch Ertheilung einer **b. p.** dem **suus** gleichgestellt, und so ist denn auch billig, daß die **missio** auf ihn angewandt werde.

Wie sehr aus dieser Anschauung der **vice c. t. b. p.** gegebenen **missio**, das oben über die **c. t.** selbst und ihre Hauptrichtung auf die **sui** Gesagte bestätigt wird, bedarf keiner weiteren Ausführung. Aber das von Ulpian angegebene Princip der **missio** ist uns auch zum genaueren Verständniß ihrer selbst

---

8) S. Bd. I. S. 6. Note 8.

dienlich, und wir werden daraus leicht ableiten können, wie wir uns überhaupt ihre Verbindung mit der c. t. b. p. zu denken haben.

Ich glaube allerdings nicht, daß die missio gleich anfangs in der Ausdehnung aufgestellt worden sei, welche sie später hatte, und das Bisherige zeigt uns wohl genügend an, wo wir den Ursprung des Institutes zu suchen haben. Es war ursprünglich nur ein Recht der sui, und daß der Prätor zu ihrem Besten darauf kam, die väterliche Erbschaft in dieser Weise ihnen zu bewahren, ist doch auch so erstaunlich natürlich. Und diese seine ursprüngliche Gestalt hat das Institut trotz der weiteren Ausdehnungen doch eigentlich noch vollkommen bewahrt. Eine ganz volle Uebertragung haben die Römer nur bei den emancipirten Kindern zugelassen, weil diese rescissa emancipatione als sui fingirt wurden. Bei den übrigen Klassen dagegen hat nur eine limitirte Anwendung statt gefunden. Das Princip war ja, daß es sich um den zukünftigen dominus bonorum handele, und dieser alimentirt werden müsse, wogegen es nicht in Betracht kommen solle, daß vielleicht hinterdrein die ganze Hoffnung vereitelt würde, und mithin unnütze impendia gemacht worden seien.

Diesen vollen Begriff der Mission hat man stets nur für die Kinder anerkannt, auf die übrigen Erbberechtigten wurde bloß der Satz ausgedehnt, daß dem noch nicht Geborenen sein Theil aufbewahrt werden solle, ja auch mit Hinzuziehung der Grundsätze des Carbonianum edictum, daß ein etwaiger Proceß über den status bis zur Legitimität aufzuschieben sei. Aber von Alimentation soll hier nicht die Rede sein, und deßhalb wird auch eine solche missio, die hier ganz mit der Carboniana b. p. in Eins zusammenschmilzt, ohne alle causae cognitio ertheilt. Letztere, und mithin die eigentliche missio, tritt nur ein, wo der venter cum liberis admittitur [9]. Deßhalb sagt denn auch Ulpian, daß bei der sec. tab. b. p. ein extraneus postumus institutus nur mittirt werde, wenn die mater aliunde se alere non possit [10].

---

9) Fr. 7. pr. §. 1. de ventre.
10) Fr. 6. eod.

Hiernach ist aber der Rückschluß wohl unzweifelhaft, daß, da die Suität das eigentliche Grundprincip der Mission ist, ihre Verbindung mit c. t. b. p., wie wir sie in den Quellen finden, nur eine äußerliche ist, nicht aber, daß wir uns ohne die c. t. das Bestehen der missio gar nicht denken könnten. Dies zeigt sich auch noch sehr deutlich zur Zeit Ulpians. Die Verbindung beider ist nur eine negative, indem der suus, welcher auf alle Fälle von der c. t. ausgeschlossen, d. h. exheredirt ist, auch keinen Anspruch auf die missio hat. Ulpian sagt dies in dem vorher mitgetheilten fr. 1. §. 2. ausdrücklich. Dagegen das positive Erforderniß der c. t., daß er präterirt sein müsse, ist gar nicht nöthig, und es ist gewiß keine erst spätere Ausdehnung, daß man die sui auch wenn sie instituirt waren, oder ab intestato mittirte [11]). Ferner ist wohl zu bemerken, daß, selbst wenn der suus präterirt war, er gar nicht nöthig hatte, hinterdrein, wie das bei allen Uebrigen, namentlich den emancipati, der Fall war, noch eine b. p. zu erbitten [12]). Also für denjenigen, der dominus bonorum futurus est, steht die missio in gar keiner nothwendigen Verbindung mit der Agnition einer b. p.; sie steht ihm frei, und kann je nach den einzelnen Fällen eine c. t. sec. tab., oder ab intestato bon. poss. sein, aber sie kann, da ihm die Erbschaft ipso jure zufällt, auch unterbleiben, und er steht dann doch der folgenden Klasse entgegen.

Es bedeutet also die Verbindung mit der c. t. nur so viel, daß jeder suus, dem die c. t. deferirt wird, falls er noch nicht geboren ist, die missio veranlassen kann, aber die missio kann auch eintreten, wenn dem suus nach seiner Geburt eine andere Klasse der b. p. deferirt wird. Mithin ist das Gebiet der missio weiter, aber da sie doch beide darin völlig übereinstimmen, daß sie den sui non exheredati gegeben werden, so war es sehr natürlich, daß die Römer die missio der sui gleich an die c. t. b. p., seitdem diese über=

---

11) Fr. 6. pr. de inoff. test.

12) Fr. 2. §. 11. ad SC. Tert. — Et puto non nocere, si non suus patri agnascitur; neque enim sufficit mitti in possessionem, nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem.

haupt bestand, knüpften, denn stets, wo der suus diese erbitten kann, wird einstweilen vice c. t. b. possessionis die missio gegeben [13]; aber freilich findet sie für den suus auch noch vice secundum tabulas oder ab intestato bonorum possessionis statt. Danach können wir uns sehr wohl eine Zeit denken, wo es noch keine c. t. b. p. gab, eine missio aber für die postumi sui bereits bestand, mogten sie nun ex testamento oder ab intestato (wenn gar kein Testament gemacht war, oder sie es rumpirt hatten) gerufen werden. Und in der That müssen wir eine solche Zeit annehmen, da bei der missio schon Servius citirt wird [14]), wogegen die Einführung der c. t. b. p. erst einer spätern Zeit zugeschrieben werden kann.

§. 80. **2. Die missio ex Carboniano edicto.** — Dies Nebeninstitut hat in Bezug auf seinen Zusammenhang mit der c. t. b. p. sehr viel Aehnlichkeit mit der missio ventris nomine, nur daß es noch viel mehr auch in den Digesten die Gestalt zu Tage legt, welche wir in dem vorigen § der ursprünglichen und eigentlichen missio v. n. vindicirt haben. Seine Hauptvoraussetzung ist das Kindesverhältniß gegen einen pater familias [1]), welches dem, der Erbansprüche macht, bestritten wird, und die Ausdehnungen, wonach dieses Institut auf andere Erbklassen übertragen ist, sind noch viel singulärer als bei jener missio. An und für sich ist eine Ausdehnung überhaupt gar nicht bei allen Klassen denkbar, z. B. nicht bei einem extraneus heres institutus, während hier allerdings eine missio ventris nomine statt finden konnte, es muß doch wenigstens immer ein Verwandtschaftsverhältniß gedacht werden, worauf Jemand sein Erbrecht stützen

---

13) Die c. t. b. p. des präterirten postumus suus ist ja überhaupt für seine Person nur eine nominelle, und bezieht sich also hauptsächlich auf die Concurrenz mit anderen liberi, welche die c. t. b. p. erbaten.

14) Fr. 1. §. 24. de ventre.

1) Fr. 1. pr. de Carb. ed. — Si cui controversia fiet, et inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset, et judicium in tempus pubertatis causa cognita differtur.

will, und welches nun von Anderen bestritten wird. So finden sich allerdings analoge Anwendungen des **Carbonianum edictum** auf die **maternae**, die **fraternae hereditates**, sowie überhaupt auf die Klasse der **legitimi**, aber daß dies doch nur Anomalien sind, zeigen die Stellen, welche davon reden, auf den ersten Blick [2]).

Deßhalb ist auch, während das Edict und so die Römischen Juristen in den Edictscommentaren von der Mission zu erwartender **postumi** an verschiedenen Orten sprachen, von der **Carboniana b. p.** lediglich hinter der **c. t.** die Rede, und es bildete das **Carbonianum edictum**, wie schon aus dem Worte zu ersehen ist [3]), einen eigenen (hinter der **prima pars** d. h. der **c. t. b. p.** stehenden) Abschnitt im Prätorischen Edict.

Das Carbonianische Edict enthält also ein eigenthümliches Recht der **liberi**, und da eben diese **liberi** (in derselben technischen Bedeutung) auch vom Prätor zur **c. t. b. p.** gerufen werden, so sagt deßhalb Ulpian in **fr. 1. §. 3. de Carb. ed.**, um den Umfang der hier im Allgemeinen berechtigten Personen zu bezeichnen:

> **Et generaliter dicimus, his demum Carbonianum competere, quibus contra tabulas bonorum possessio competit, his vero non competere, qui repelluntur a contra tabulas bonorum possessione.**

Dies soll aber nur den Kreis der **in abstracto** berechtigtigten Personen bezeichnen, es heißt nur soviel als: dieselben **liberi**, welche der Prätor bei der **prima pars edicti** meint, für diese ist auch das **Carb. ed.** aufgestellt. Wir dürfen nicht glauben, daß diese **liberi** nur dann dazu berechtigt seien, wenn sie im einzelnen concreten Fall die **c. t. b. p.** zu agnosciren haben, d. h. also wenn sie präterirt sind. Vielmehr sagen uns die unzweideutigsten Stellen, daß, auch wenn sie instituirt sind, oder wenn gar kein Testament gemacht ist, bei allen

---

2) **Fr. 7. §. 1. de ventre in poss. Fr. 3. §. 7. fr. 6. pr. §. 1. de Carb. ed.**

3) S. Bd. I. S. 68.

Klassen, worin diese **liberi** überhaupt gerufen werden (also **unde liberi**, ferner in der ersten Klasse der **legitimi**, endlich **unde cognati**), das **Carbonianum edictum** eintreten kann [4]). Es findet sich also hier genau derselbe Zusammenhang mit der **c. t. b. p.**, welchen wir im vorigen § für die ursprüngliche und eigentliche **missio ventris nomine** nachgewiesen haben. Es wird damit nur ausgedrückt, daß man hier von denselben **liberi** spreche, wie bei der **c. t.**, und daß diese **liberi** nicht exheredirt sein dürfen [5]).

Unter diesen **liberi** verstehen aber die Römer, wie wir nun schon mehrfach gesehen haben, an und für sich nur die **sui**, so daß sie es gar nicht für unnöthig halten, noch besonders hinzuzufügen, die **emancipati** seien den **sui** gleichgestellt worden. Nun scheint es mir aber von großer Bedeutung, daß sich eine solche Stelle, wie **fr. 1. §. 6. de c. t. b. p.** und **fr. 1. §. 11. de ventre in poss.**, im Titel **de Carbon. ed.** gar nicht findet, ja noch viel mehr, daß überhaupt in diesem ganzen Titel gar kein Fall erwähnt wird, wo einer Person, deren Ausgetretensein aus der Gewalt des Erblassers feststände, deren cognatisches Kindesrecht aber bestritten würde, eine **b. p. Carboniana** gegeben wäre [6]). Vielmehr sieht man aus der häu-

4) Fr. 3. pr. h. t. — Carbonianum edictum aptatum est ad contra tabulas bonorum possessionem, et intestati, quum et in secundum tabulas in quibusdam casibus possit videri necessarium edictum, veluti si paterfamilias ita instituerit: postumus heres esto, vel: postuma heres esto, et negetur esse verum, quod in testamento scriptum est. Fr. 6. §. 2. eod. — Huic autem edicto locus est, etiamsi ab intestato ad bonorum possessionem veniant liberi, tametsi ex inferioribus partibus petant: qua legitimi vocantur, quoniam sui sunt, (d. h. wenn sie nach Versäumung der Klasse unde liberi, im ordo unde legitimi als sui die b. p. erbitten), vel ex illa, quae cognatis datur.

5) Fr. 20. de inoff. — Außer natürlich, wenn diesen Exheredirten doch der Weg zur Succession dadurch eröffnet wird, daß ein präterirter Bruder die Intestaterbfolge eröffnet oder sonst sich das Testament als nichtig erweist. Fr. 7. §. 6. h. t.

6) Fabricius (b. p. S. 182. Not. 265.) beruft sich für das Gegentheil auf fr. 7. pr. §. 1. und fr. 8. §. 1. h. t.; aber es bedarf wohl

fig wiederkehrenden Bezeichnung des Erblassers durch paterfamilias, und überhaupt aus der Fassung jeder einzelnen Stelle, daß die Römischen Juristen unter den liberi hier lediglich die sui verstehen. Ja in fr. 8. §. 1. h. t. wird ausdrücklich das filium esse und das in potestate patris esse getrennt, und auch wenn nur Letzteres zweifelhaft sei, die b. p. Carboniana zugelassen.

Item si emancipatus decessit intestato, superstite filio impubere, qui se ei suum esse dicit, ego contendo ante emancipationem conceptum, atque ideo in mea potestate esse, et bona emancipati ad me pertinere; et quidem hunc filium esse constat, sed hactenus de statu ejus quaeritur, in potestate patris fuerit nec ne? Sententia tamen edicti procul dubio ex Carboniano admittitur.

Aber hierin liegt doch der deutliche Beweis, daß eben das Bestrittenwerden des status eines suus die regelmäßige Voraussetzung des Edictes ist.

Wir haben nun die Gründe und Folgerungen dieser Beschränkung der Carboniana possessio auf die sui näher in's Auge zu fassen.

Zuerst leuchtet ein, daß ein aus der Gewalt Getretener

---

keiner Ausführung, daß es sich hier lediglich um die Frage handelt, ob Jemand suus sei oder nicht. Dagegen müßten wir hier einen Fall haben, wo es feststeht, daß die zu mittirende Person sui juris sei, aber ihre Abstammung vom Erblasser bestritten wird. Die einzige Andeutung davon könnte man (so viel ich sehe), in fr. 20. de inoff. finden wollen: toties enim ea indulgenda est, quoties, si vere filius esset, heres esset aut bonorum possessor. Man müßte hier unter dem Letzteren einen filius verstehen, der aber nicht heres, sondern lediglich b. possessor wäre, und damit den emancipatus meinen. Aber abgesehen, daß dies in den Worten gar nicht sicher liegt, so ist jedenfalls die Beziehung auf den emancipatus durch gar nichts gefordert. Es giebt sui, die lediglich durch die b. p. zur Erbschaft gelangten (fr. 1. §. 4. de Carb. ed.) und auch die Accrescenzerben bekamen ja durch die c. t. b. p. erst einen Anspruch auf die tota hereditas.

beim Carb. ed. nur in singulären Fällen überhaupt denkbar ist. Bei einem Kinde ersten Grades scheint es kaum möglich, daß, wenn der Vater es anerkanntermaßen vor dem vierzehnten Jahre emancipirt hat, demselben sein Kindesverhältniß sollte angefochten werden können. Denn durch die Emancipation hat ja doch der Vater das Kind als das **seinige** anerkannt, und es müßte ein sehr complicirter Fall angenommen werden, wenn hier doch Jemand z. B. die Unterschiebung des Kindes behaupten wollte. Denkbarer wird der Fall, wenn man einen Descendenten entfernteren Grades annimmt; also z. B. der Vater den Sohn emancipirt hatte, von dem nun ein nach der Emancipation concipirter unmündiger Enkel, nachdem der Sohn schon gestorben ist, auf die großväterliche Erbschaft Anspruch macht. Wenn man nun ihm gegenüber die Unterschiebung behauptete, und so war ihm allerdings die sofortige Zulassung mittelst der Carboniana praesumtio von großem Interesse. Sollten wir nun diese hier läugnen können, weil sie für diesen Fall in den Quellen nicht erwähnt wird? Ich glaube dies keineswegs, da man sie ja sogar den Kindern in Beziehung auf die materna hereditas zugestanden hat, aber freilich meine ich, daß man den emancipatus ebensosehr als die Kinder rücksichtlich der mütterlichen Erbschaft von dem eigentlichen Gebiete der missio Carboniana, bei der die Römer immer sui vor Augen hatten, sondern müsse. Dies wird aus Folgendem hervorgehen.

Daß die Carboniana b. p. ein **decretum** des Prätors voraussetzt, leidet keinen Zweifel. Die Römer nennen ihre Ertheilung kurzweg das Carbonianum decretum [7]). Sie enthält ein außerordentliches Eingreifen der Prätorischen Machtvollkommenheit. Das Kind soll einstweilen als rechtmäßiges präsumirt werden, ohne daß aber dadurch der Wahrheit präjudicirt würde, welche nach dem Eintreten des Kindes in die Pubertät genauer untersucht werden muß. Es fragt sich nur, in wie weit diese Ertheilung der Carb. b. possessio eine Veränderung in den gewöhnlichen Regeln hervorbringt, nach

7) Fr. 7. pr. §. 4. §. 6. h. t.

welchen das Erbrecht, das civile wie das Prätorische, realisirt zu werden pflegt.

Hier finden wir nun, daß das Prätorische Erbsystem und die Grundsätze des **successorium edictum** durch die **Carb. possessio** gar nicht afficirt werden, und ebendeßhalb muß der **missus**, wenn er die weitere Delation der **b. p.** sistiren will, selbst daneben die **ordinaria b. p.**, die ihm ja immer deferirt ist, agnosciren [8]). Dies erklärt sich leicht aus dem allgemeinen Begriff der **b. p.**, bei welcher die Römischen Juristen eine wo möglich rasche Erbschafts-Regulirung stets hervorhoben [9]), die doch jetzt neben der ganz interimistischen **Carbon. possessio** schon ebenso erledigt werden kann, als später. Dagegen die Frage über die Civilerbschaft muß einstweilen sistirt werden. In dem Falle, von dem die Römischen Juristen immer sprechen, nämlich wenn es sich um einen **suus** handelt, ist ja dieser, falls ihm sein **status** mit Unrecht bestritten wird, der **heres**, und ihm steht die **hereditatis petitio** zu. Im entgegengesetzten Fall dagegen ist der Gegner der **heres**. Man weiß also noch gar nicht, wer der civilrechtliche Erbe sei, und dies muß erst durch die Anstellung der **her. petitio**, welche jeder von Beiden unternehmen kann, zur Entscheidung gebracht werden. Wegen der Impubertät des einen Theils soll aber dieser Erbschaftsproceß einstweilen noch gar nicht statt finden. Man nimmt nun heutzutage gewöhnlich an, daß die **Carboniana possessio** deßhalb eine **decretalis** sei, weil der Prätor der Ertheilung eine **causae cognitio**, und zwar eine doppelte vorausgehen lasse [10]). Indeß muß ich dies durchaus läugnen. Wir werden später noch allgemeiner den Satz festzustellen haben, daß zwischen den **causae cognitiones** und dem **decretum** an und für sich gar kein directer Zusammenhang statt findet. Die **causae cognitiones** können sich auch lediglich darauf be-

---

8) Fr. 3. §. 15. h. t. Sed oportebit hunc, qui se filium dicit, non solum Carbonianam b. p. accipere, verum etiam ordinariam agnoscere.

9) Fr. 1. de bon. poss. furioso. — »Ne bona jaceant.« Bd. I. S. 386. Not. 3.

10) Fr. 1. pr. fr. 3. §. 5. h. t.

ziehen, ob die Voraussetzungen des Edictes vorhanden sind, und die Entscheidung des Prätors ist hier entweder **datio** oder **denegatio bonorum possessionis**[11]. Dies nennen dann aber die Römer keineswegs ein Decretum, sonst müßte ja jede ertheilte **b. p.** eine **decretalis** sein, vielmehr hat eine wahre **decretalis b. p.** noch immer ganz besondere Voraussetzungen. Das können wir auch hier bei der **Carboniana** erkennen, bei der es sehr deutlich hervortritt, daß die **causae cognitio** und das Decretum zwei ganz verschiedene Dinge sind, und wahrlich nicht bloß, weil jene vorgenommen wird, Letzteres eintritt. Dies erhellt aus **fr. 6. pr. h. t.**

> **De bonis matris an decretum interponendum sit quaeritur. Et decretum quidem non est interponendum, dilatio autem longissima danda est, quae in tempus pubertatis extrahet negotium.**

Wenn hier der Prätor den Streit über die Rechtmäßigkeit des Kindes bis zur Pubertät aufschiebt, so kann doch kein Zweifel sein, daß er dieselben **causae cognitiones** anstellt, welche überhaupt bei der **missio Carboniana** statt finden[12]. Dennoch soll hier das sollenne **decretum** nicht interponirt werden, weil überhaupt die **maternae hereditates** außerhalb des eigentlichen Gebietes unserer Lehre liegen. Wenn aber hier das **decretum** unterblieb, so scheint es mir noch viel weniger bei einem Emancipirten rücksichtlich des väterlichen oder großväterlichen Vermögens gedacht werden zu können.

Ich wüßte keinen Grund, weßhalb an und für sich zur Ertheilung der **Carboniana b. p.**, wenn man sie bloß aus dem Gesichtspunkte einer interimistischen Besitzesverleihung be-

---

11) **Fr. 10. h. t.**

12) Noch viel weniger ist ein Decret denkbar, wenn nach **fr. 7. §. 1. de ventre in poss. im ordo unde legit.** der Streit bis zur Pubertät aufgeschoben wird, weil hier gar nicht einmal die **possessio** ertheilt wird, also auch die vorgängige **causae cognitio** wegfällt. — Nicht zu verwechseln mit dem Fall der **materna hereditas**, wenn über den **status** des Kindes Zweifel bestehen, ist der andere, §. 76. Note 3. erwähnte (**fr. 1. §. 1. ad SC. Tertull.**), wenn der **status** der Mutter ungewiß ist. Hier bedarf es nämlich, um dem Kinde sein Recht zu bewahren, eines **decretum**.

trachtet, mehr als zu jeder anderen b. p. ein **decretum** nöthig sein sollte. Alle b. possessiones sind einstweilige Constituirungen eines possessor, über das Recht eines heres wird dadurch an und für sich gar nicht entschieden, es hängt von weiteren Umständen ab, ob die b. p. cum oder sine re sein werde. Wenn also beim Carbonianum edictum nichts Weiteres in Betracht käme, so müßte die Erlassung eines **decretum** hier eine ganz unerklärliche Singularität sein, denn das Institut ist doch im Edicte vollkommen regulirt, und es kann also nicht deßhalb von einer **decretalis** b. p. gesprochen werden, weil hier über die Grenzen des Edicts hinaus der Prätor b. p. ertheilte.

Wenn wir aber, wie auch die Quellen thun, bei der Carb. b. p. einen **suus** voraussetzen, so liegt der Erklärungsgrund, weßhalb hier ein besonderes **decretum** nöthig war, nahe genug. Falls der zu mittirende **suus** wirklich ein legitimes Kind ist, so steht ihm das civile Erbrecht zu. Ein Gegner aber bestreitet seinen status, und behauptet deßhalb, er selbst sei der heres. Es muß hier also nothwendig zur hereditatis petitio kommen [13]), mag nun der Eine oder der Andere die klägerische Rolle übernehmen. Aber nun interponirt sich der Prätor; indem er die Carboniana ertheilt, entscheidet er gleichsam den Erbschaftsproceß, d. h. indem er sich nach der von ihm aufgestellten Präsumtion für den impubes erklärt, läßt er nicht bloß den Proceß unentschieden, sondern er erkennt dem Gegner sein civiles Erbrecht ab, und setzt den impubes ganz in die Lage, als wenn er mit der her. pet. gesiegt hätte. Freilich nur interimistisch bis zum Eintritt der Pubertät, aber das Wesen der Prätorischen Entscheidung wird dadurch nicht verändert, und sie hat auch auf den späteren wirklichen Erbschaftsproceß entschiedenen Einfluß, indem der Mittirte, wenn er nur Caution leistet, darin die Beklagtenrolle erhält, während er, wenn sein Gegner vor der Mission

---

13) Deßhalb setzen auch die Römer nicht bloß eine Bestreitung des status, sondern stets einen solchen Gegner voraus, welcher in Folge dessen eine hereditatis controversia veranlassen will. fr. 6. §. 3. h. t.

besaß, die **her. pet.** selbst hätte anstellen müssen [14]). Wir haben hier also eine **b. p.**, die allen übrigen, bei denen das Recht des **heres** noch gar nicht in Frage kommt, vollkommen entgegensteht. Es ist die einzige, worin schon der Prätor über das civile Erbrecht selbst entscheidet. Rechnen wir nun noch hinzu, daß früher die Processe über civiles Erbrecht vor die Centumvirn gehörten, daß hier also der Prätor in deren Competenz eingreift, so ist jedenfalls nöthig, daß, wenn freilich die Berechtigung dazu dem Prätor entschieden zusteht, und er damit auch dem späteren Erbschaftsproceß gar nicht präjudiciren will, — der Spruch des Prätors ein wahres **decretum** sein muß.

Ganz anders aber stellt sich die Sache bei einem **emancipatus**. Dieser ist nicht **heres**, seinem Gegner also, der ihm sein Verwandschaftsrecht mit dem Erblasser streitig macht, und die Erbschaft in Anspruch nimmt, wird sein civiles Erbrecht gar nicht bestritten. Eine **hereditatis controversia** findet gar nicht Statt. Es handelt sich bloß darum, ob hier in der That eine Person berechtigt sei, in einer Klasse, welche gegen den **heres cum re** ist, **b. p.** zu erbitten. Dies ist überhaupt die Frage von den bedingenden und vernichtenden Beweisen, welche zur Agnition einer jeden **b. p.** gehören. Wir werden davon für die **c. t. b. p.** später noch besonders sprechen. Jedenfalls aber wird es wohl nicht eines eigenen Beweises bedürfen, daß z. B. die Frage von der Unterschiebung eines Kindes unter die vernichtenden Beweise gehört [15]). Sie kann gegen den **b. possessor** auch wenn er über vierzehn Jahre ist (mag er **suus** oder **emancipatus** sein), stets noch vorgebracht werden, in deren Folge dann die **b. p.** als **non data** erscheint, und der Gegner durch **her. aditio** oder auch durch **agnitio** der **b. p.** zur Erbschaft gelangen kann [16]). War nun aber der agnoscirende **emancipatus** unter vierzehn Jahren, so zweifle ich gar nicht, daß der Prätor wie bei der müt-

---

14) fr. 6. §. 6. h. t.

15) S. Bd. I. S. 205.

16) Wir brauchen uns den Gegner gar nicht als Civilerben zu denken, es kann auch z. B. ein Cognat sein, der durch Wegräumung des Vorgängers zur b. p. gelangen will.

terlichen Erbschaft die Frage noch sistirt haben wird, damit der, dessen ganzes Recht auf der b. p. ruht, die der Gegner als ganz ungültig darstellt, sich gehörig dagegen vertheidigen könne. Aber es fehlt ganz jene nothwendige Beziehung auf einen civilen Erbschaftsproceß, dessen Durchführung der Prätor durch seine Interposition sistiren müßte, es fehlen also alle Voraussetzungen eines **decretum** oder m. a. W. des eigentlichen **Carbonianum edictum.** —

Nach dieser Darstellung bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß man die mehren Stellen des Titels **de Carboniano edicto**, worin von der **hereditatis petitio** oder **controversia** die Rede ist[17]), ganz fälschlich dazu angewandt hat, um das Bestehen der **her. petitio possessoria** zur Zeit der klassischen Juristen darzuthun.

III. Das Recht der Emancipirten.

§. 81. Daß die **sui** die Hauptpersonen der **c. t. b. p.** sind, und daß die **emancipati** nur nebenbei noch hinzugezogen

---

17) S. außer den gelegentlich schon angeführten namentlich noch das vielbesprochene fr. 3. §. 13. h. t., worin es heißt, daß der **missus** einstweilen mit dem Besitze (und den **possessoriae actiones** d. h. dem **Int. quor. bon.** und den **fictitiae actiones. fr. 4. eod.**) zufrieden sein soll; wenn er aber doch die civilen Einzelklagen oder die **her. pet.** anstellen wolle und sich dafür auf die **praesumtio Carboniana** berufe (**quasi bonorum possessor Carbonianus**), so sei ihm die **doli exc.** entgegenzustellen; wogegen freilich, wenn er auf die **praesumtio Carboniana** verzichten wolle, ihn natürlich Niemand hindern könne; denn die ganze Präsumtion war ja nur zu seinem Besten aufgestellt, damit er eben die **directa actio quasi heres**, worin schon über seinen **status** und sein civiles Erbrecht definitiv entschieden wird, nicht aufzustellen brauche, und doch zum Besitz gelange. — Die Stelle setzt also voraus, daß ein **Carbonianus b. possessor** an und für sich nur die **possessoriae actiones** anstellen darf, und wenn er mehr will, auf das **beneficium** der **praesumtio Carb.** verzichten muß; dies aber beweist, daß aus der gewöhnlichen **c. t. b. p.**, die ja im Uebrigen von der **Carboniana** nicht verschieden ist, ebenfalls nur die **possessoriae actiones (fictitiae u. Int. quor. bon.)** hervorgehen, daß also von einer **hereditatis petitio possessoria** hier nirgend eine Spur ist.

wurden, scheint mir durch die bisherigen Ausführungen genügend bewiesen. Es ist also die Erweiterung der c. t. auf die **emancipati** als ein zweiter Schritt zu denken, der aber so nahe lag, daß er vielleicht sehr bald der ersten Aufstellung des Edicts über die c. t. b. p. gefolgt ist. Indem der Prätor darin alle **liberi sui** zusammenfaßt, mußte doch sein Blick auch auf die fallen, welche freilich jetzt nicht mehr **sui** sind, aber es doch gewesen waren, und ebendeßhalb auch jetzt noch **non plane alieni** genannt werden können. Dies sind die in ihre eigene Gewalt (**sui juris facti**) und die in die Gewalt eines Anderen Gegebenen (**in adoptionem dati liberi**). Gaius stellt, nachdem er das Recht des **filius**, der Accrescenzerben und der **postumi sui** entwickelt hat, das Recht beider Personen zusammen (II. 135—137.), und damit ist denn auch der Kreis der formellen Notherben geschlossen. Uebergehen wir hier einstweilen den Zusammenhang, der zwischen den in eigene und fremde Gewalt Gegebenen wahrscheinlich bestanden hat, und betrachten wir bloß die Ersteren, welche jedenfalls zu einem viel volleren Rechte, nämlich zu einem ganz selbstständigen Anspruch auf die c. t. b. p. gelangt sind. Es ist oben schon hervorgehoben, daß darunter keineswegs bloß die Emancipirten [1]), sondern viele andere Fälle der aus der Gewalt des Erblassers Getretenen verstanden werden [2]), weßhalb

---

1) Zu diesen gehören nicht bloß die, auf deren Person sich das Rechtsgeschäft der Emancipation bezog, sondern auch ihre Kinder, selbst die erst nach dem Tode des Erblassers Geborenen. Fr. 3. pr. fr. 6. pr. §. 1. u. 2. de b. p. c. t. fr. 1. §. 11. de ventre in poss.

2) Die genauere Darstellung dieser Fälle kann ich hier übergehen, indem ich auf Francke's Notherbenrecht S. 123 ff. und Mühlenbruchs Commentar XXXVII. S. 55 ff. verweise. — Es gehört hieher 1) der in der Gewalt des Großvaters gebliebene Enkel gegen den emancipirten Vater. Fr. 7. 16. 21. pr. de b. p. c. t. Bei Francke sind diese Stellen durch einen Druckfehler in eine verkehrte Note gesetzt worden. Ueber fr. 16 f. namentlich Mühlenbruch S. 75. Note 95. 2) Der Sohn gegen den in eine fremde familia adoptirten Vater, welchem der Sohn nicht gefolgt war fr. 3. §. 9. eod. 3) Der von einem in Adoption gegebenen Sohn erzeugte und emancipirte Enkel gegen den leiblichen Großvater fr. 6. §. 4. fr. 14. §. 1. eod. 4) Die durch gewisse Würden aus der väterlichen Gewalt Getretenen

denn auch Ulpian bei der genauen Darstellung der zur c. t. b. p. berechtigten Personen sie mit dem allgemeineren Ausdruck der **sui juris facti liberi** zusammenfaßt. Aber dabei ist doch anzuerkennen, daß die Römer, wo sie nicht ganz besonders genau von der Sache sprechen, mit dem Ausdruck **emancipati** kurzweg alle diese Fälle der **sui juris facti liberi** bezeichnen. Eine Reihe von Stellen dieser Art, worin die Beziehung auf die eigentliche Emancipation gezwungen sein würde, ist schon im Bisherigen enthalten, und so können denn auch wir diese kürzere Terminologie befolgen. —

Ich sagte, daß es sehr nahe lag, die Emancipirten zur Theilnahme an die Succession der **sui** zu admittiren. Der Prätor hatte das Recht der Accrescenzerben mit dem der nachgeborenen Kinder ausgeglichen. Es sollte nicht mehr darauf ankommen, ob das Kind vor oder nach der Testamentserrichtung in die väterliche Gewalt getreten sei. Aber es war der Tendenz der damaligen Zeit auch nicht mehr angemessen, daß durch spätere Auflösung der väterlichen Gewalt das Erbrecht untergehen solle. Unter den Emancipirten begreifen wir nun den **filius**, die **filia**, die **nepotes etc.**, also, abgesehen vom **filius**, dieselben Personen, welche den Kreis der Accrescenzerben ausmachen. Indem daher der Prätor, dem Geist der Zeit folgend, die Emancipation rescindirt, und als nicht geschehen fingirt [3]), so war die von selbst sich ergebende Folge, daß ihnen die c. t., welche ja den Accrescenzerben zusteht, zu Theil wurde, denn die Fiction bewirkt, daß ihnen dieselben Rechte eingeräumt werden, welche die **sui** haben.

Für die Mehrzahl der Emancipirten also ergab die Rescission der **cap. dim.** ganz von selbst das Resultat, daß sie die wahre c. t., so wie diese für die Accrescenzerben bestand, erhielten. Für den **emancipatus filius** dagegen hätte sie, da

---

(**flamines diales**, Vestalinnen und die von Justinian eingeführten Fälle §. 4. I. quib. mod. jus pot. solv.). 5) Der mit dem Vater zugleich mit der Civität beschenkte Peregrine. Collatio XVI. 7. §. 2.

3) Fr. 6. §. 1. de b. p. fr. 3. §. 5. de b. p. c. t. fr. 4. u. 5. §. 1. si tab. test. null. l. 9. Th. C. de bon. proscript (9. 42.).

er nun als **filius suus** fingirt wurde, eigentlich dazu führen müssen, daß man ihm die nominelle **c. t.**, also eine fingirte vollkommene Intestatsuccession gewährte. Aber es liegt am Tage, daß es thörigt gewesen wäre, hier die Consequenz bis aufs Aeußerste zu treiben. Die **filii sui** waren trotz ihres Civilrechtes aus den oben angeführten Gründen mit in das Gebiet der **c. t.** aufgenommen worden, freilich nur formell, indem man für ihre Person ganz das Recht der Intestatsuccession bestehen ließ. Aber der Grund davon war doch nur, weil sie wirklich das Civilrecht für sich haben, und der Prätor ihnen dies nicht ändern will. Beim **filius emancipatus** aber ist nicht wirkliches Civilrecht vorhanden, man will ihn nur dem **filius suus** praktisch gleichstellen; das aber erreichte man schon, wenn man ihm nur die wahre **c. t. b. p.** gab. Denn die Wirkungen derselben sind, wie wir sehen werden, dem praktischen Effecte nach, denen der Intestatsuccession ganz gleich. Wozu also die Weitläuftigkeit machen, und für den **filius emancipatus** noch den besonderen Begriff einer fingirten Intestatsuccession aufstellen, da ja überhaupt die Scheidung der Söhne von den übrigen **liberi** der damaligen Zeit nicht mehr gemäß war, und man also wahrlich nicht genöthigt war, ihn noch weiter als im Kreise der **sui jam nati**, festzuhalten. War er ja doch auch schon bei den **postumi sui** nicht vorhanden.

So kam es, daß man alle Emancipirte, auch den **filius** mit inbegriffen, ohne weitere Unterscheidung zur **c. t. b. p.** hinzuzog. Wir können also kurz sagen: die **emancipati** erhielten das Prätorische Recht der Accrescenzerben, d. h. sie bilden die zweite Hauptklasse der zur wahren **c. t. b. p.** berechtigten Personen, während die beiden anderen Klassen von Personen, die **filii** und **postumi sui** darin **eo jure** gerufen werden, **quo vocantur ex jure civili**. Wir wollen deßhalb in der Folge um der Kürze willen die letzteren Beiden, bei denen die **c. t.** nur nominell ist, die civilen Notherben nennen, und ihnen die Accrescenzerben und Emancipirten als Prätorische Notherben gegenübersetzen.

Immer aber müssen wir festhalten, daß unter diesen Prätorischen Notherben die Accrescenzerben die Hauptpersonen, die Emancipirten die nebenbei Herzugezogenen sind, da das Grund-

princip der **c. t.** die Regulirung des Erbrechts der **sui** ist. Abgesehen von den bisher schon vorgebrachten Beweisen, wird dies noch aus vielen Punkten der folgenden Darstellung hervorgehen. Wir werden sehen, daß die ganze Gestaltung der **c. t.** sich eng an das civile Recht der Accrescenzerben anschließt; daß sie nur da, wo es nöthig war, dieselben mit den übrigen **sui** auf gleiche Stufe zu stellen, davon abweicht, im Uebrigen aber das gesammte Civilrecht der **ceterae lib. pers.** unverändert vom Prätor anerkannt wird. Dies Institut sollte ja zu nichts weiter dienen, als die auffallenden **juris iniquitatas** zu tilgen. Im Uebrigen kam es dem Prätor nicht in den Sinn, willkührliche neue Bestimmungen zu treffen. Dagegen die Emancipirten erscheinen allenthalben als die Nebenpersonen, auf die Gestaltung der **c. t.** selbst haben sie nicht eingewirkt. Sie müssen sich damit begnügen, dasselbe Recht zu haben, wie es für die Accrescenzerben festgestellt wurde. Sie sollen diesen ja lediglich gleichstehen, auf ein etwaiges besseres Recht, welches an und für sich aus ihrer Emancipation folgen würde, müssen sie verzichten, woraus denn auch ihre Collationspflicht sich von selbst erklärt.

Nicht klarer kann das Gesagte wohl bewiesen werden, als gleich durch folgenden Punkt, der hier schon zu erledigen ist.

Das Römische Recht that nämlich bei Gaius Lebzeiten wieder einen Rückschritt. Die lobenswerthe Gleichstellung, welche den Accrescenzerben durch die **c. t. b. p.** mit den übrigen **sui** zu Theil geworden war, wurde durch ein Rescript Mark Aurels theilweise, nämlich für die Frauen, wieder aufgehoben, welche fortan auch nach Prätorischem Rechte nicht mehr erhalten sollten, als ihnen ihr civiles Accrescenzrecht gewährte [4]). Die Art wie Gaius (II. 126.) dies berichtet, bestätigt vollkommen das von mir angegebene Verhältniß, in dem wir uns die Emancipirten zu den Accrescenzerben zu denken haben.

> **Sed nuper imperator Antoninus significavit rescripto suo, non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod jure accrescendi conseque-**

4) **L. 4. pr. C. de lib. praeter.**

rentur; quod in emancipatis feminis similitas optinet, scilicet ut quod accrescendi jure habiturae essent, si suae fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem haberent.

Die emancipirte Tochter, Enkelin ꝛc. hat ja die c. t. b. p. nur als fingirte Accrescenzerbin, und wenn nun gleich das Rescript nur von den wirklichen Accrescenzerben sprach, so mußte doch jene dem Recht der Emancipirten zum Grunde liegende Fiction auch der Grund der neuen Beschränkung ihres Erbrechts werden. Wir sehen also auch hier, daß das Recht der sui bei der c. t. b. p. immer die Hauptsache ist, nach der sich dann das der Emancipirten von selbst richtet. Aber natürlich ist gar nicht daran zu denken, daß dies Antoninische Rescript auch auf die postumae suae ausgedehnt worden wäre, denn wenn diese auch die c. t. haben, so ist diese doch nie von ihrem Civilrecht verschieden gewesen, und sie behielten also stets ein Recht auf die tota hereditas.

IV. Wirkungen der contra tabulas b. p.

§. 82. Wenn wir hier von den Wirkungen der c. t. b. p. reden, so haben wir dabei die wahre sich vom Civilrecht unterscheidende Erbklasse vor Augen, während von der nominellen c. t. oben schon festgestellt worden ist, daß sie die reine Intestatsuccession enthält. Wir werden von dieser letzteren fortan nicht weiter sprechen, bis bei der Darstellung der Concurrenz civiler und Prätorischer Notherben ihr eigentliches Wesen erst genau ermessen werden kann, so daß wir es also einstweilen nur mit der den Prätorischen Notherben verliehenen selbständigen c. t. b. p. zu thun haben.

Die Wirkungen derselben erklären sich von selbst aus bisher schon festgestellten Sätzen. Der Prätor will die Accrescenzerben und dann auch die Emancipirten praktisch denen gleichstellen, welche schon nach Civilrecht die Intestatsuccession eröffnen, d. h. sie sollen wie Gaius sagt, die tota hereditas also das materielle Vermögen ebenso erhalten, als wenn sie ab intestato succedirten. Alle Verfügungen des Testaments

wodurch dies materielle Vermögen auf Andere übertragen wird, müssen daher durch die c. t. vernichtet werden, im Uebrigen aber ist gar kein Grund vorhanden, von der für präterirte Accrescenzerben geltenden civilrechtlichen Regel abzugehen, daß das Testament als ein Ganzes, sowie in allen einzelnen unter jenen Gesichtspunkt nicht fallenden Theilen gültig sei.

Dies Princip, aus dem wir uns alle einzelnen Wirkungen der c. t. erklären können, wird auch ausdrücklich durch die Quellen bestätigt. Nirgends kommt in denselben der Ausdruck vor, es werde durch sie die Intestatsuccession eröffnet, im Gegentheil, wir haben schon Stellen kennen lernen, die es mit Entschiedenheit beweisen, daß die c. t. ein gültiges Testament voraussetzt (§. 71. Note 2. §. 73. Note 7.). Aber dabei wird doch der Zweck der c. t. folgendermaßen angegeben:

> **Fr. 8. §. 14. de b. p. c. t. — Praetori enim propositum est, cum c. t. b. p. dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset** [1]).

Die Stelle sagt freilich nicht, was man so oft aus ihr abgeleitet hat, daß die Wirkung der c. t. die Intestatsuccession sei, aber sie beweist vollständig, daß der Prätor dadurch allen **liberi** die materiellen Theile zukommen lassen will, welche sie durch die Intestatsuccession als **sui** erhalten haben würden, und die der **filius** und die **postumi sui** auf diesem Wege auch im Fall der Präterition erlangen. So bildet die c. t. b. p. eine ganz selbständige Successionsart, in der Mitte zwischen der testamentarischen und Intestatsuccession stehend. Ihre Voraussetzung ist ein gültiges Testament, welches sie

---

1) S. auch fr. 25. pr. de leg. praest. Qui filium emancipaverat, et nepotem ex eo retinuerat in potestate, testamento filium exheredavit, nepotem ex aliqua parte instituit heredem, et alium filium emancipatum praeteriit. Potest defendi, nepotem quoque bonorum possessionem c. t. petere posse; nam pro ea parte, qua quisque intestato suus heres esset, si pater suus heres non esset, bonorum possessio defertur. Fr. 11. §. 1. de b. p. c. t.. — Exemplo juris legitimi et bonorum possessio contra tabulas distribuitur.

auch formell nie vernichtet [2]), aus dem sie aber alle die Verfügungen tilgt, welche den Succedirenden materiell schlechter stellen würden, als die **ab intestato** Berufenen. In dieser Gestalt konnte sie in der That, was oben schon hervorgehoben wurde, und was auch die oben angeführte Stelle zeigt, als eine auf gleichen Principien ruhende Erbschaftsregulirung sämmtlicher **liberi** aufgefaßt werden. Auch die **sui**, welche wirklich formell die Intestatsuccession eröffnen, konnten mit in den Kreis der **c. t. b. p.** hineingezogen werden, da doch das materielle Princip bei ihnen und den Prätorischen Notherben dasselbe war, wenn gleich im Uebrigen die wahre und die nominelle **c. t. b. p.** sich auf das entschiedenste von einander trennen.

So hat denn gewiß die **c. t. b. p.** für die Accrescenzerben auch in dem Falle statt gefunden, wenn diese mit instituirten **sui** concurrirten. Obgleich Gaius davon gar nicht spricht, und wir jedenfalls den eigentlichen Einführungsgrund nicht hier, sondern in der Verleihung der **tota hereditas** gegen **extranei scripti** zu finden haben, so sollte doch das Institut nun eine Gesammt-Regulirung des Erbrechts aller **liberi** werden, und so mußten denn nicht bloß die Accrescenzerben, namentlich um von den Vermächtnissen befreit zu werden, den instituirten **sui** gegenüber die **c. t.** erhalten, sondern Letztere sogar auch wieder dieselbe aus der Person des Präterirten ab-

2) Gewöhnlich wird das Bestehenbleiben des Testaments bei der c. t. b. p. daraus gerechtfertigt, daß der Prätor kein civilrechtlich gültiges Testament habe für ungültig erklären können. Mir scheint aber dieser Grund ganz unzureichend. Er kann freilich ein gültiges Testament nicht zu einem civilrechtlich ungültigen machen, so wie er auch Niemanden zum heres creiren kann. Aber ebensogut wie sich Jemand loco heredis constituiren ließ, so hätte sich auch durch Fiction ein civilrechtlich gültiges zu einem Prätorisch völlig ungültigen machen lassen, ebensogut wie umgekehrt der Prätor ungültige Testamente für gültig erklärte. — Der Erklärungsgrund ist vielmehr, daß es gar nicht nöthig war, das Testament für nichtig zu erklären. Es sollten nur dem Accrescenzerben dieselben Vortheile zukommen, als wenn sie ab intestato succedirten, im Uebrigen blieb man beim Civilrecht stehen, daß das Testament durch ihre Präterition nicht ungültig werde s. §. 71. Note 3.

leiten können, damit eine ganz allgemeine gleichmäßige Succession über die ganze Erbschaft sich erstrecke. —

Nach dem angegebenen Principe leuchtet ein, daß durch die c. t. b. p. vernichtet werden müssen: die Erbeseinsetzungen (und Vulgarsubstitutionen), die Vermächtnisse, die Freiheitsertheilungen, denn durch alle diese Verfügungen würde, wenn sie gültig blieben, dem Notherben materielles Vermögen entzogen werden. Dagegen können von ihr nicht afficirt werden: die Pupillarsubstitutionen, die Vormundschaftsernennungen und die Exheredationen, denn die ersteren beiden vermindern jedenfalls nicht das dem Notherben zufallende Vermögen, die letzteren vergrößern es sogar.

Es ist bekannt, daß diese aus unserem Princip sich von selbst ergebenden Sätze in der That die Wirkungen der c. t. b. p. sind. Wir müssen sie aber noch genauer durchgehen, und auch namentlich einige wichtige Ausnahmen dabei kennen lernen, welche die Quellen uns aufweisen. Es wird rathsamer sein, die einzelnen Punkte in anderer Reihenfolge zu ordnen, als in der wir sie eben aufgezählt haben.

I. Die Institution. Wir sprechen hier nicht von den Fällen, wenn ein civiler oder Prätorischer Notherbe, der also im Fall der Präterition selbst ein Recht auf die nominelle oder die wahre c. t. b. p. hat, instituirt ist. Alle übrigen **scripti heredes** (wir wollen sie nach dem Beispiele der Quellen **extranei** nennen) müssen nach dem Princip der c. t. von der Erbschaft völlig vertrieben werden [3]), und der Accrescenzerbe oder Emancipirte tritt an seine Stelle. Dies ist, wie man leicht einsieht, die Hauptwirkung der c. t. [4]). — Es finden sich allerdings Ausnahmen hievon, die sich aber genau an die ausnahmsweise Aufrechthaltung der Legate anknüpfen, in deren Verbindung sie dann auch darzustellen sind, so daß hier also

---

3) Gai. II. 125.

4) Deßhalb sagt auch African in fr. 14. pr. de b. p. c. t., der Präterirte empfange die c. t. ab heredibus institutis, d. h. sie und ihre Vertreibung sind der hauptsächliche Grund und Zweck der c. t., im Gegensatz zu der commisso per alium edicto, welche umgekehrt der Instituirte vom Präterirten erhält.

nur erst von der Regel, nach der die **extranei** zurückweichen müssen, die Rede ist.

An und für sich nun ist es keinem Zweifel unterworfen, daß die **c. t. b p.**, wie alle **bonorum possessiones**, nicht ein Eintreten in die Person des **heres**, sondern direct in die Person des Verstorbenen bewirkt. Der allgemeine Begriff der **b. p.** ruht auf der Präsumtion, als sei kein **heres** vorhanden, und deßhalb wird die Intention der Klagen gleich **ex persona defuncti** hergenommen [5]). Bei der **c. t.** steht freilich dem Agnoscirenden ein **scriptus heres** gegenüber, da aber die **b. p.** nun einmal **corrigendi jur. civ. gratia** gegen denselben stets **cum re** ist, so ist das soviel, als wenn der **heres** ganz fehlte, und mithin läuft Alles doch wieder, ebenso wie bei den anderen **b. possessiones**, auf dasselbe Resultat hinaus. Es bekommt den Anschein, als wenn gar kein **heres** da wäre, und ebendeßhalb succedirt der **c. t. b. possessor**, **loco heredis**, dem Verstorbenen direct in alle Vermögensverhältnisse [6]).

Indeß ist dies, so wenig es im Allgemeinen bezweifelt werden kann, doch keineswegs in allen Punkten richtig. Freilich kann die testamentarische Succession, wenn einmal **c. t.** agnoscirt ist, nach Prätorischem Rechte niemals mehr Bedeutung erhalten, denn nach der Agnition in einer früheren Klasse wird nie mehr der folgenden die **b. p.** deferirt. Ferner ist auch unbedenklich anzunehmen, daß der **scriptus heres**, wenn er nach Agnition der **c. t.** eine **her. aditio** vornimmt, eine durchaus nichtige Handlung vornimmt, aus der er keinerlei Rechte ableiten, und keinerlei Einwirkungen auf das Recht

---

5) Gai. IV. 34.

6) Fr. 13. pr. de b. p. c. t. — Quum emancipatus b. p. c. t. accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare; omne enim jus transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum quem Praetor heredis loco constituit. D. h. Alles was der scriptus, wenn er der gültige heres ist, erhält, das wird jetzt dem zugesprochen, der mit Remotion des heres an dessen Stelle gesetzt wird. S. auch noch fr. 15. §. 4. de legat. praest.

des c. t. b. possessor hervorrufen kann. Denn er ist einmal a tota hereditate repellirt, und ebenso wie ihn der Prätor nicht gegen den b. possessor zu klagen erlaubt, kann auch nicht von anderen Rechtswirkungen die Rede sein.

Aber es erhebt sich die Frage, ob eine schon vor Agnition der c. t. vorgenommene her. aditio des scriptus ebenfalls ganz ohne Bedeutung sei? An und für sich müssen wir sie doch als eine durchaus gültige Handlung anerkennen, da die Agnition ja noch ganz ungewiß ist, und falls dieselbe versäumt wird, nun auch gar kein Infirmationsgrund vorliegt [6a]). Wir dürften hier also höchstens von einer ex post eintretenden Ungültigkeit der Erbschaftsantretung sprechen. Aber auch dies allgemein anzunehmen, würde offenbar sehr bedenklich sein. Der scriptus heres, der ja ganz in seinem Rechte ist, kann nach der Antretung schon Rechtsgeschäfte, die sich auf die Erbschaft beziehen, vorgenommen haben, diese können sogar der Erbschaft höchst vortheilhaft sein. Sollen wir dies Alles durch die nachfolgende Agnition der c. t. für vernichtet halten? Die gesunde Vernunft spricht dagegen. Erkennen wir aber diese Rechtsgeschäfte als gültig an, so müssen wir sie jedenfalls auf den b. possessor uns übertragen denken, denn der scriptus soll ja a tota hereditate repellirt werden. Hiefür reicht indeß der bisher angegebene Begriff der c. t. b. p. nicht hin. Wenn wir den b. possessor bloß als in die Person des Erblassers eintretend denken, so kann er ja doch nicht Rechtsgeschäfte geltend machen, die erst der scriptus heres

---

6a) Ich setze voraus, daß der Instituirte gerade die Absicht hat, sich der Erbschaft anzunehmen. Hat er umgekehrt dazu keine Lust, und will er nach Vornahme der her. ad. erst die Zeit verstreichen lassen, in der die c. t. b. p. agnoscirt werden kann, bevor er sich auf die Erbschaftsangelegenheiten weiter einläßt, so kann er sich mit der exceptio: si non in ea causa sint tabulae testamenti, ut contra eas b. p. dari possit schützen, weil, wie Julian sagt, quamdiu b. p. c. t. filio dari potest, heres quodammodo debitor non est. Fr. 2. de exc. rei jud. fr. 15. de obl. et act. Erst dann wenn die Agnitionsfrist der c. t. unbenutzt verstrichen ist, wird dem durch jene exceptio zurückgetriebenen Creditor seine Klage restituirt.

begründet hat. Wir müssen den Begriff also weiter ausdehnen, und den b. possessor auch noch außerdem in die Stelle des scriptus heres treten lassen. In dieser Hinsicht erscheint dann der b. possessor nur als mittelbarer Universalsuccessor, ähnlich wie der Universalfideicommissar; denn kraft seines Rechtes, die tota hereditas an sich zu nehmen, erhält er doch Etwas, das er nicht auf die Person des Verstorbenen zurückführen kann, sondern was er lediglich aus der Hand des heres ableitet. Dies bestätigt sich vollkommen durch folgende Stelle, in der die c. t. b. p. ausdrücklich mit der fideicommissaria hereditas zusammengestellt wird.

> Fr. 21. pr. de fidejuss. (Afric.). — Heres a debitore hereditario fidejussorem accepit, deinde hereditatem ex Trebelliano restituit. Fidejussoris obligationem in suo statu manere ait. Idemque in hać causa servandum, quod servaretur, quum heres, contra quem emancipatus filius bonorum possessionem acceperit, fidejussorem acceperit. Ideoque in utraque specie transeunt actiones.

Wir begegnen hier also ganz etwas Eigenthümlichem im Begriff der c. t. b. p., welches (abgesehen von der b. p. unde liberi im Verhältniß zum legitimus heres) im ganzen übrigen Gebiet der b. p. nicht denkbar ist. Die c. t. kann, außerdem daß sie ihrem Grundwesen nach eine directe Universalsuccession ist, auch nebenbei Momente der mittelbaren U. S. in sich aufnehmen. Aber wir müssen uns vorsehen, diesem Satze die richtigen Gränzen anzuweisen, um nicht in die gefährlichsten Irrthümer zu verfallen. Zuerst ist immer festzuhalten, daß jedenfalls der Gesammtcomplex der Rechtsverhältnisse, die vom Erblasser selbst herstammen, ganz so auf den b. possessor übergehen, als wenn die her. aditio gar nicht vorgenommen wäre. Wollten wir hiefür der letzteren eine Bedeutung zugestehen, so würde damit die ganze c. t. b. p. den Charakter einer mittelbaren Universalsuccession erhalten müssen, was aber so ganz gegen alle Aussprüche der Quellen ist, daß Niemand im Ernst eine solche Ansicht aufstellen wird.

Indeß auch mit dieser Beschränkung können wir uns un-

möglich genügen lassen. Sollen wir sagen dürfen, daß alle Erbschafts-Verhältnisse, in welche der **scriptus heres** noch nicht eingegriffen hat, allerdings direct ohne Annahme einer Mittelsperson, auf den **bonorum possessor** übergehen, daß dagegen alle Verfügungen, welche der **heres** mit der Erbschaft bereits getroffen hat, von jenem anzuerkennen sind? Sollen hier vortheilhafte und nachtheilige Rechtsgeschäfte einander ganz gleich stehen?

Mir scheint dies schon deßhalb undenkbar, weil in unseren Quellen von der ganzen Frage so wenig die Rede ist, während, wenn ihr ein so weites Gebiet einzuräumen wäre, wir hier, wie leicht einzusehen ist, eine weitläuftige Lehre vorfinden müßten, die die Römischen Juristen gewiß nicht übergangen und die Compilatoren nicht völlig getilgt haben würden.

Mich däucht, daß das vorher angegebene Princip der **c. t. b. p.** uns ziemlich sicher auf das führen kann, was die Römischen Juristen hier gemeint haben werden. Wenn der **scriptus heres** in doloser Absicht, um das Vermögen dem **c. t. b. possessor** zu verringern, Verfügungen getroffen hat, so kann jedenfalls von einer Anerkennungspflicht derselben für den **b. possessor** nicht die Rede sein. Hievon also ganz abgesehen, muß man auf die beiden Punkte Rücksicht nehmen, daß einestheils der **scriptus a tota hereditate** entfernt, anderntheils der Notherbe ein nicht schlechteres materielles Recht an der Erbschaft erhalten soll, als die Intestatsuccession gewährt. Aus dem ersteren Punkte folgt, daß alle Vortheil gewährenden Handlungen des **heres** (wie z. B. jene Annahme eines Bürgen) auf den **b. possessor** übergehen. Wir dürfen aber aus der angeführten Stelle nicht gleich voreilig ableiten, daß auch nur die lucrativen Rechtsgeschäfte des **heres** Gültigkeit behalten, sie gewährt dafür keine Anhaltspunkte. Auch onerose Anordnungen, die der **heres** getroffen hat, z. B. Verkauf, Verpachtung von Erbschaftssachen, Zahlung von Schulden und dergl. wird der Notherbe haben anerkennen müssen [7]).

---

7) Man wird das wohl analog so behandelt haben, als wenn die her. pet. gegen einen bonae fidei possessor angestellt wird, namentlich mit Benutzung der Grundsätze des s. g. SC. Juventianum. Denn

Die Gränze liegt in dem zweiten Punkte, daß er im Allgemeinen soviel wie ein Intestaterbe erhalten soll; also jedenfalls wenn er Legate schon ausgezahlt hat, so braucht der c. t. b. possessor dies nicht anzuerkennen, weil eben die c. t. die Legate vernichtet; und daß ebenso auch die im Testament angeordneten Freiheitsertheilungen durch die her. aditio des heres nicht gültig werden können, wird weiter unten noch besonders dargethan werden.

Ueberhaupt muß ich noch bemerken, daß die ganze Frage nur selten bei den Römern vorgekommen sein kann. Wir setzen hier ja voraus, daß der heres nicht in doloser Absicht, um dem Notherben zu schaden, die her. aditio vornimmt. Derjenige aber, welcher in dem guten Glauben, er werde die Erbschaft behalten, sie antrat, hatte sich natürlich erst erkundigt, ob kein Notherbe da sei, der auf die c. t. Anspruch mache. Und wenn ein solcher vorhanden war, so unterließ er eben die hereditatis aditio ganz und gar [8]).

§. 83. — 2. Die Enterbungen behielten bei der c. t. b. p. vollkommen ihre Kraft, weil dadurch Jemand ausgeschlossen wird, der sonst mit dem b. possessor concurriren würde, also durch seine Ausschließung das Jenem zufallende Vermögen vergrößert [1]). Hier steht mithin die wahre c. t.

---

es sollen alle Rechte, welche der scriptus heres mit der her. pet. würde einfordern können, wenn ihm kein c. t. b. possessor gegenüber stände, auf diesen Letzteren übergehen. Fr. 13. pr. de c. t. b. p. Daraus aber folgt keineswegs, daß der b. possessor gegen den heres und Andere die her. petitio gehabt habe.

8) Fr. 4. de legat. praest. — Quum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem, quum scirent, emancipatum aut petiisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem.

1) Fr. 8. pr. fr. 10. §. 5. de c. t. b. p. — S. ferner eine Reihe specieller Fragen rücksichtlich der Exheredation in fr. 8. §. 1—10. eod. — Welche Einwirkung für die Aufrechthaltung der Exheredationen die her. aditio des scriptus heres gehabt habe, wird später im §. 94. noch besonders geprüft werden. Es wird dort erhellen, daß die Gründe, welche die Römer dabei in Anwendung gebracht haben, zu eigenthümlicher Natur sind, um für die Frage,

der nominellen geradezu entgegen, bei welcher der **exheredatus**, wie wir oben gesehen haben, durchaus mit zur Intestatsuccession zugelassen wird.

3. Die Vormundschaftsernennungen. Daß diese vom Prätor aufrecht erhalten wurden, ist von den neueren Gelehrten allgemein und mit Recht angenommen worden, obgleich sich kein ausdrücklicher Ausspruch der Quellen dafür anführen läßt. Es kann aber wenigstens folgender negative Beweis dafür angeführt werden. In dem Digestentitel **de testamentaria tutela** wird allgemein gesagt, den **liberi in potestate** könne ein Tutor gegeben werden (**fr. 1. pr.**), und nur bei dem **filius** und den **postumi** findet sich und zwar durchaus nicht bloß beispielsweise die Nebenbestimmung, daß sie nicht präterirt sein dürften (**fr. 4. fr. 1. §. 1. fr. 10. §. 2.**)[2]. Wäre nun bei den übrigen **liberi**, den Accrescenzerben, die Vomundschaftsernennung durch die ihnen zustehende **c. t. b. p.** ungültig zu machen gewesen, so würde doch am natürlichsten jene Beschränkung, daß keine Präterition vorliegen dürfe, allgemein gleich für alle **liberi** vom Juristen hinzugefügt worden sein.

4. Die Pupillarsubstitutionen. Wenn das Testament durch Präterition der civilen Notherben ungültig ist, so fallen sie natürlich auch mit hinweg. Bei der wahren **c. t. b. p.** aber werden sie, weil das Testament des Vaters nicht ungültig wird, und sie sich auch gar nicht auf das dem Notherben zuzuwendende Vermögen beziehen, vollkommen aufrecht erhalten[3]. Und natürlich ist dies bei einem die **c. t.** agnos-

---

ob auch die übrigen Nebenbestimmungen des Testaments (Vormundschaftsernennungen, Pupillarsubst., Freiheitsertheilungen) von der her. ad. des scriptus heres abhängen, benutzt zu werden.

2) Offenbar weil die reine Intestatsuccession eröffnet wird, und auch die nominelle c. t. b. p. keine Abweichungen davon enthält.

3) **Fr. 5. pr. de legat. praest. fr. 34. §. 2. fr. 35. de vulg. et pup. subst.** Francke N. E. R. S. 143. macht die Einschränkung, daß, wenn nicht ein instituirter **suus** da sei, dem die Erbschaft **ipso jure** zufällt, noch eine besondere **her. aditio** des **scriptus heres** zur Gültigkeit der Pupillarsubst. erforderlich werde. Da aber keine entscheidende Stelle hiefür spricht, so scheint mir hier lediglich aus dem

cirenden Accrescenzerben ebenso gut wie bei einem Emancipirten anzunehmen. Daß die neueren Schriftsteller hier lediglich den Letzteren hervorheben [4]), erklärt sich daraus, daß man überhaupt die den Accrescenzerben gegebene c. t. b. p. so wenig beachtet hat.

Wenn nun aber der Substituirte selbst die c. t. b. p. agnoscirt, so wird er dadurch seines Rechts aus der Substitution verlustig [5]). Dies geht aus der electiven Natur des Prätorischen Schutzes hervor. Wer gegen das Testament auftritt, soll auch gar keine Rechte aus demselben für sich ableiten wollen, und umgekehrt. Dasselbe gilt auch für die dem Notherben hinterlassenen Legate [6]), und erst von den Legaten ist, wie fr. 5. §. 4. cit. zeigt, der Satz auf die Pupillarsubstitutionen übertragen worden.

5. Die Freiheitsertheilungen [7]). Diese mußten, im Gegensatz zu den drei zuletzt genannten Punkten, der Erbeseinsetzungen der extranei gleich behandelt werden. Das fr. 8. §. 2. cit. hebt ausdrücklich, wenn auch von einem hier noch nicht zu berücksichtigenden Falle sprechend, das von uns angegebene Princip hervor: **damno enim afficit hereditatem, dum competunt libertates.** Es würde ein materieller Vermögensschaden durch die Gültigkeit derselben entstehen, und dies ist dem Zwecke, welchen der Prätor mit der c. t. b. p. erreichen will, zuwider.

Principe der c. t. die Frage beantwortet werden zu können. Dies aber führt, wie wir gleich noch weiter sehen werden, ebensosehr die Gültigkeit der Pupillarsubstitution als umgekehrt die Ungültigkeit der Freiheitsertheilungen mit sich. S. auch fr. 126. pr. de legat. I.

4) Bluntschli Erbf. gegen d. letzten Willen. S. 89. Francke Notherbenr. S. 142. Mühlenbruch Commentar XXXVI S. 19.

5) Fr. 22. de vulg. et pup. subst. fr. 5. §. 4. de leg. praest. Nach fr. 2. pr. de his quae ut indign. soll die Erbschaft an den Fiscus fallen, was wohl erst durch ein Rescript von Severus et Antoninus, wovon gleich im §. 1. eod so wie auch in fr. 1. eod. die Rede ist, bestimmt wurde.

6) Fr. 3 §. 16. fr. 14. pr. fr. 18. §. 1. de b. p. c. t. fr. 5. §. 2. de legat. praest. fr. 30. de minorib viginliquinque ann.

7) Fr. 8. §. 2. fr. 23. de legat. praest.

Hierbei ist nun aber schon öfters die Ansicht ausgesprochen worden, diese Freiheitsertheilungen würden stets durch die Antretung des **scriptus heres** gültig, so daß der **c. t. b. possessor** sie anzuerkennen habe, und ihm nur gegen den dolosen **heres** die **doli actio** zustehe [8]). Daß die angeführten Stellen dies keineswegs beweisen, wird nachher noch besonders ausgeführt werden, und daß es den allgemeinen Principien der **c. t.** durchaus entgegen sein würde, ist leicht einzusehen [9]). Wir haben freilich selbst vorher anerkannt, daß die vor der Agnition der **b. p.** geschehene **hereditatis aditio** gewisse Einwirkungen auf die **b. p.** äußert. Aber dies kann doch unmöglich so weit ausgedehnt werden, daß die **hereditas** von einem **damnum** afficirt werde, welche den **b. possessor**, wenn er **ab intestato** seine **pars** erhalten hätte (s. §. 82. Note 1.), nicht getroffen haben würde. Daß der Prätor, wenn der **heres** einen Bürgen für eine Erbschaftsforderung angenommen hat, dies anerkennt, und auf den **b. possessor** übergehen läßt, ist freilich sehr natürlich. Aber da er einmal die **c. t.** ertheilt, wodurch er alle die testamentarischen Verfügungen vernichtet, die dem Notherben seine materielle Intestatportion verringern, so müßte er sich selbst widersprechen, wenn er es für die Freiheitsertheilungen noch auf die **her. aditio** des **scriptus** ankommen lassen wollte. Consequenter Weise müßte dann auch, trotz der **c. t. b. p.**, bei den Vormundschaftsernennungen die alleinige Bedingung ihrer Gültigkeit die civile Erbantretung sein, da dies doch, wo von der **c. t.** nicht die Rede ist, als unzweifelhafte Regel besteht [10]).

Auf diese Weise würde man aber allgemach zu dem Resultate kommen, daß für sämmtliche Nebenbestimmungen des Testamentes nicht die Agnition der **c. t.**, sondern die **her.**

---

8) S. d. Glosse zu **fr. 8. §. 2. cit.** Cujacius zu derselben Stelle (**Recit. ad P. Opera post. Francof. 1596. p. 970.**). Bluntschli a. a. O. S. 96. Francke a. a. O. S. 143.

9) So haben denn auch schon Retes (**Advers. ad tit. de b. p. c. t. c. VII. §. 2. u. 3.**) und Mühlenbruch a. a. O. S. 20. die richtige Ansicht ausgesprochen. Retes meint, im Grunde sei auch Cujacius seiner Ansicht, was sich aber wohl nicht sagen läßt.

10) **Fr. 9. de test. tutela.**

aditio der entscheidende Grund ihrer Gültigkeit oder Ungültigkeit sei. Hierin aber läge eine völlige Verkennung des Wesens unseres Institutes.

Es muß nämlich wohl bemerkt werden, daß wir gar keine Stelle der Römischen Juristen besitzen, worin von den Freiheitsertheilungen in dem hier besprochenen Falle die Rede ist, wenn nämlich dem **b. possessor** ein ganz fremder gar nicht zur Familie gehöriger **scriptus heres** gegenüber steht. Die in Note 7 angeführten Fragmente sprechen schon von einem besondern Ausnahmsfalle, nämlich dem einer instituirten **conjuncta persona**. Aber ebenso ist auch wohl zu bemerken, daß die Juristen von den Legaten vorzugsweise nur in diesem Ausnahmsfalle sprechen, woraus denn schon von selbst der entgegengesetzte Satz hervorgeht, daß abgesehen hievon die Legate durch die **c. t.** ungültig werden. Ebensowenig aber wie bei den Legaten (und das bestreitet ja Niemand) auf die **her. aditio** des **scriptus** irgend etwas ankommt, so kann denn auch bei den Freiheitsertheilungen, wenn nicht entscheidende Stellen uns entgegenstehen, etwas Anderes angenommen werden. Allerdings werden häufig die Freiheitsertheilungen wegen des **favor libertatis** von den gewöhnlichen Regeln über die Legate getrennt. Aber hier kommt noch ein stärkerer **favor**, die Begünstigung der **liberi** in Betracht, und ebensogut wie der präterirte **filius suus** die testamentarischen Freilassungen nicht anzuerkennen braucht[11]), so muß darin auch der Accrescenzerbe nicht schlechter gestellt sein.

Mir scheint also ganz unbedenklich, obgleich keine specielle Beweisstelle dafür spricht, als die Regel angenommen werden zu können, daß die Freiheitsertheilungen ungültig sind, ebenso wie wir gleich unbedenklich die Gültigkeit der Vormundschaftsernennungen ohne einen besonderen Quellenausspruch annehmen durften. —

Hiernach haben wir denn auch schon genügende Anhaltspunkte gewonnen, um allgemein festzustellen, was wir von

11) Fr. 17. de injust. rupto. — Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit.

der Bedeutung der her. aditio des extraneus bei der c. t. b. p. zu halten haben. Es zerlegt sich in folgende drei Punkte:

a) Wir haben aus der ganzen bisherigen Darstellung genügend ersehen, daß die c. t. b. p. ein an und für sich gültiges Testament voraussetzt; d. h. also ein civilrechtlich gültiges Testament, denn es gab kein anderes. Wir können dies auch so ausdrücken, es muß die Möglichkeit vorhanden sein, daß aus dem Testamente eine her. aditio vorgenommen, oder eine sec. tab. b. p. agnoscirt werde; denn diese sec. tab. ruht ja auch auf der Voraussetzung eines civilrechtlich gültigen Testamentes.

b) Wenn in Folge dessen nun auch in der That die her. aditio vorliegt, und der scriptus heres danach bereits über die hereditas Verfügungen getroffen hat, so ist dies allerdings gültig, sofern nicht dolus des heres oder das entgegengesetzte Interesse des b. possessor ins Spiel kommt, und die Wirkungen dieser Verfügungen werden auf den b. possessor als mittelbaren Universalsuccessor übertragen (§. 82. Nro. 1.).

c) Aber über den Kreis der mit der hereditas selbst vorgenommenen Dispositionen erstreckt sich jedenfalls die Bedeutung der her. aditio nicht hinaus. Also auf die Frage, was von den Dispositionen des Testamentes gültig sein soll oder nicht, kann der Wille des Eingesetzten absolut nicht einwirken. Vielmehr entscheidet sich hiefür Alles aus den positiven Principien, die das Prätorische Institut beherrschen. Deßhalb ist es auch gänzlich gleichgültig, ob er, wenn einmal der b. possessor an seine Stelle getreten ist, die her. aditio noch vornimmt oder nicht; ob mithin nach den Grundsätzen des Civilrechts das Testament, weil der heres nicht antreten wollte oder konnte, hinterdrein vernichtet wird. Die c. t. setzt nur voraus, daß nicht schon von vorn herein die entschiedene Unmöglichkeit der testamentarischen Succession vorliege [12]). Denn wäre dies der Fall, so würde gleich die reine Intestatsuccession eintreten, und mithin es nicht nöthig sein, den li-

---

12) Und zwar wird hiebei sehr natürlicher Weise auf das mortis tempus gesehen.

beri künstlich und nach dem Bilde der Intestatsuccession durch die c. t. b. p. das Vermögen zuzuwenden, worauf sie schon wirklich ab intestato Anspruch haben.

Diese Auffassung der Sache wird nun vollkommen durch entschiedene Quellenaussprüche bestätigt. Die Römer, um das eben Gesagte kurz auszudrücken, bedienten sich der Terminologie, die c. t. b. p. sei gegen das Testament selbst gerichtet, und darin liegt auch sehr bezeichnend ein Doppeltes; nämlich die b. p. geht nicht gegen die Person des heres, so daß also dessen Antretung (wie bei der querela inoff.) die nothwendige Voraussetzung wäre, aber sie verlangt doch die Möglichkeit der Antretung, also das Testament selbst muß gültig sein, denn wenn es ungültig wäre, so brauchte man nicht mehr seinen das Vermögen betreffenden Inhalt umzustoßen. Folgende Stellen theilen uns diese Ausdrucksweise der Römer und deren Erklärung mit:

Fr. 4. pr. de b. p. c. t. (Paul.). — Illud notandum est, quod bonorum possessio contra tabulas, quae liberis promittitur, locum habet, sive quis heres exstiterit sive non. Et hoc est, quod dicimus, contra ipsum testamentum liberis competere bonorum possessionem, quod in patrono contra est.

Fr. 19. eod. (Tryphon.). — Quod vulgo dicitur: liberis datam b. possessionem contra lignum esse, sic intelligendum est, ut sufficiat extitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas bonorum possessio peti potuit, quamvis neutrum eorum postea secutum sit, vel sequi potuit; nam si vel omnes instituti substitutique ante testatorem decesserint, vel is scriptus heres fuit, cum quo testamenti factio non fuit, peti contra tabulas inane est, quae sine effectu foret.

Es ist leicht einzusehen, daß in der letzteren Stelle die Lesart des Haloander und der Vulgata contra legem statt contra lignum falsch ist, und substituirt wurde, weil man, das Wesen der c. t. nicht recht verstehend, den letzteren Aus-

druck sonderbar fand. Es ist aber hier offenbar jene sprichwörtliche Redeweise vorauszusetzen, die c. t. gehe **contra lignum** oder wie die andere Stelle sagt: **contra ipsum testamentum**, denn daß Tryphonin diese im Auge hat, zeigt eben seine ganze weitere Erklärung. Es müsse nur, sagt er, ein nach civilen und Prätorischen Regeln gültiges Testament vorhanden sein (**extitisse tabulas**), bei dem also die Möglichkeit der Antretung bestehe. Wo nicht, so sei die Agnition der c. t. ganz unnütz, weil Intestatsuccession für die **liberi** eintritt [13]). Liegt aber nur diese Möglichkeit vor, so kommt es lediglich auf die gegen das Testament selbst gerichtete b. p. an, wie weit es dadurch ungültig werde, der **scriptus heres** ist mittelst derselben removirt, und so hat seine Antretung keine Bedeutung mehr.

§. 84. — 6. Die Vermächtnisse. Aus dem Grunde, um dessentwillen die Freiheitsertheilungen im Allgemeinen nicht bestehen bleiben konnten, folgt auch, daß der Prätor die Vermächtnisse fallen lassen mußte. Und daß dies in der That die regelmäßige Wirkung der c. t. ist, wird von Niemand bezweifelt.

Wir haben uns bei dieser Regel nicht weiter aufzuhalten, und gleich zu den Ausnahmen überzugehen, welche sich an dieselbe anschließen. Es wurde nämlich vom Prätor festgesetzt, daß die den **conjunctae personae** d. i. den **parentes et liberi** hinterlassenen und ihnen zum **emolumentum** dienenden Legate, Fideicommisse und **mortis causa donationes** auch vom c. t. b. **possessor** auszuzahlen seien [1]). Dies erklärt sich aus der nothwendigen Berücksichtigung der **querela**

---

13) Dies spricht nun auch ganz entschieden Ulpian in fr. 10. §. 2. de legat. praest. aus: quodsi neque ex primo gradu, neque ex secundo quisquam in rebus fuerit humanis, quum testator moritur, tunc ab intestato magis bonorum possessionem filio praeterito competere, nec legata cuiquam praestanda.

1) Fr. 1—3. Fr. 5. fr. 14. §. 1. fr. 20. pr. de legat. praest. Indeß ist hiebei noch eine wichtige Einschränkung zu machen, die erst später entwickelt werden kann (s. §. 91. Note 8.).

inofficiosi. Die **parentes et liberi** nämlich, welche im Fall der nicht gehörigen Bedenkung diese Klage haben [2]), müssen natürlich in den ihnen hinterlassenen Vermächtnissen geschützt sein, denn sonst würde alsbald die **querela** wieder gegen den **c. t. b. possessor** angestellt werden, und der Prätor also, indem er die Legate vernichtete, selbst die Veranlassung zur Vernichtung seiner eigenen Succession geworden sein [3]). Die Conservirung der Vermächtnisse an die **parentes et liberi** ist also das Gebiet, wo die zwei verschiedenen Systeme des Notherbenrechts das formelle agnatische, und das materielle cognatische mit einander zusammentreffen, und sich nothwendig gegenseitig anerkennen müssen. Das Letztere war direct aus den Ansichten des Volks hervorgegangen, und wurde durch die Praxis des Centumviralgerichts aufrecht erhalten. Man hielt es für **contra officium**, gegen die nöthige Pietät gehandelt, wenn Jemand seine Ascendenten und Descendenten ganz unbedacht ließ; ebendeßhalb sollte das Testament als **inofficiosum** angeklagt werden können; dagegen wenn der Testator seiner Pflicht nachgekommen war, so forderte eine **naturalis aequitas** [4]), daß auch kein agnatischer Notherbe dem entgegentrete.

---

2) Fr. 1. de inoff. test. Es ist wohl zu bemerken, daß die Geschwister im Edicte nicht neben den parentes et liberi stehen. Ich werde darauf noch einmal zurückkommen. Fr. 3. §. 1. de legat. praest. — Nebenbei wird auch noch das der uxor und nurus dotis nomine legatum aufrecht erhalten. Fr. 1. pr. fr. 8. §. 3—6. fr. 9. fr. 10. pr. §. 1. fr. 15. §. 3. de legat. praest. Dies ist aber von den den parentes et liberi conservirten Legaten wesentlich zu scheiden; denn es ist ein debitum legatum, wird als aes alienum gefordert, und das Legat gilt nicht, wenn nicht dos debetur, dafür aber wird es auch nicht auf die portio virilis beschränkt.

3) Fr. 17. de leg. praest. — Praetori propositum est, s i n e i n j u r i a ceterarum personarum b. p. c. t. testamenti dari. Der Prätor will nicht die injuria veranlassen, die wenn sie vom Erblasser ausgeht, die Injurienklage (querela inoff.) zur Folge hat.

4) Fr. 1. pr. de legat. praest. Zur Geltendmachung der Querel gehört n ä c h s t e s Intestaterbrecht, also waren dadurch häufig die parentes et liberi beim Vorhandensein eines c. t. b. possessor von derselben ausgeschlossen. Aber einestheils wissen wir, daß die Centumvirn es damit nicht sehr genau nahmen (fr. 6. §. 1. fr. 25. §. 1. de inoff.), anderntheils blieb auch, wenn die Querel ihnen ver-

Aus dem Gesagten geht auch schon hervor, wen wir uns unter diesen **conjunctae personae** zu denken haben. Es sind alle cognatischen Ascendenten und Descendenten [5]), wie ja der Ausdruck **conjuncti** schon anzeigt. Die Ascendenten haben nur das mit der Querel geltend zu machende Notherbenrecht, sie gehören also insgesammt hieher. Die **liberi** dagegen fallen, wenn sie **sui** oder **emancipati** sind, in den Kreis des alt=civilen und prätorischen Notherbenrechts. Von diesen ist hier nicht die Rede, denn für die Concurrenzfälle dieser Personen gelten noch ganz andere Grundsätze, die wir später untersuchen werden. Es sind also zu den **conjunctae personae** nur die **liberi** zu zählen, welche nicht auf die nominelle oder wahre **c. t. b. p.**, sondern höchstens auf die Querel Anspruch haben, mithin die durch Mannsstamm verbundenen Descendenten, wenn noch die sie mit dem Erblasser verbindende und ausschließende Mittelsperson vorhanden ist, ferner alle Descendenten durch Weiber [6]). Die Römer nennen deßhalb auch kurz diese Descendenten, im Gegensatz der zur **c. t.** berechtigten **liberi**, die **liberi, quibus legata praestantur** [7]). —

---

weigert wurde, die naturalis aequitas, auf die sich Ulpian beruft, daß ihnen die Legate conservirt wurden. So kommt es, daß das Edict alle parentes et liberi beschützt, ohne Unterschied, ob sie im einzelnen Fall die Querel haben oder nicht. — Daß übrigens eine querela inoff. gegen den c. t. b. possessor möglich ist, zeigt das in fr. 20. pr. in fin. de b. p. c. t. angeführte Beispiel.

5) Fr. 1. §. 1.—3. fr. 2. de legat. praest. — Die Zeit, auf welche für das Vorhandensein des Verwandtschaftsverhältnisses gesehen wird, ist der dies legati cedens. Fr. 24. de legat. praest.

6) Fr. 25. §. 1. u. 2. de legat. praest. fr. 13 §. 1. de b. p. c. t. (Der Jurist entscheidet hier stillschweigend, daß der nepos die virilis portio erhalten soll, ebenso muß es also auch mit den Legaten sein). Von dem nepos post emancipationem filii susceptus sprechen noch insbesondere fr. 3 u. 7. de conjung. cum emanc.

7) Fr. 5. §. 3. de legat. praest. — Fr. 5. §. 2. eod.: Omnibus autem liberis praestari legata Praetor voluit, exceptis his liberis, quibus bonorum possessionem Praetor dedit ex causis supra scriptis; nam si dedit bonorum possessionem, non putat legatorum eos persecutionem habere (s. §. 83. zu Note 6.). Constituere igitur apud se debet, utrum c. t. b. p. petat, an vero legatum persequatur; si elegerit c. t., non habebit lega-

Nachdem diese Aufrechthaltung der Vermächtnisse an die **conjunctae personae** einmal feststand, ist es auch sehr erklärlich, daß man noch weiter ging, und selbst die Erbeseinsetzung dieser Personen trotz der **c. t. b. p.** bestehen ließ. Da die Ernennung zum Erben den Römern noch ehrenvoller erschien als ein bloßes Vermächtniß, da man aber die Bedenkung der **conjunctae personae** aufrecht hielt, weil man den Erblasser für verpflichtet ansah, seine nächsten Verwandten zu ehren („honoriren"), so lag die Schlußfolgerung nahe, daß unmöglich diese höhere Pflichterfüllung durch einen dazwischen tretenden Notherben wieder zunicht gemacht werden könne [8]).

Indeß hat sich dies doch erst späterhin, nämlich auf die Autorität Julians hin festgestellt, indem der Gedanke dieses Juristen durch ein eigenes Kaisergesetz anerkannt wurde [9]). Und jedenfalls müssen wir nun auch zugestehen, daß hierin eine wahre Ausnahme von dem Grundprincip der **c. t.** liegt, wonach eigentlich alle **extranei** »**a tota hereditate repelluntur**«. Denn es ist kein Zweifel, daß wir diese **conjunctae personae** zu den **extranei** (im Gegensatz der **sui**) zu zählen haben [10]). Aber eben so ist auch die Conservirung der Legate an dieselben eine wahre Ausnahme von der Regel, wonach der **c. t.**

---

tum, si legatum elegerit, eo jure utimur, ne petat b. p. contra tabulas.

8) Fr. 5. §. 6. de legat. praest. — Sed et si portio hereditatis fuerit adscripta ei, qui ex liberis parentibusve est, an ei conservanda sit, ut solent legata! Et Julianus saepissime scripsit, in portione quoque hereditatis idem, quod in legato, probandum; cujus sententia rescripto divi Pii comprobata est, quum hereditates non modo honesto titulo, sed et pleniore honore tribuantur. fr. 3. §. 2. eod.

9) Mühlenbruch a. a. O. S. 27. — Fr. 1. pr. de leg. praest. — »et ad aliquid novam.« Erst durch das Rescript des Pius scheint es zum wirklich praktischen Recht geworden zu sein, da fr. 21. de leg. praest. es ein beneficium legis nennt. S. auch fr. 7. eod. und fr. 7. de conjung. »nunc vero post constitutionem divi Pii.« —

10) In anderer Weise werden aber doch die conj. pers. wieder den ganz fremden entgegengesetzt (fr. 5. §. 8. de legat. praest.), offenbar weil sie, wie ein Jurist einmal von einem anderen Fall sagt, non in totum extranei sind.

b. possessor seine materielle pars wie ein Intestaterbe erhalten sollte. Da indessen Gründe genug vorhanden waren, diese Ausnahme aufzustellen, so konnte man leicht den weiteren Schritt thun, und sie auch auf die Erbeseinsetzung ausdehnen.

Die Römer haben aber diese neben der c. t. aufrechterhaltene Institution der pers. conj. stets als ein ganz eigenthümliches anomales Rechtsverhältniß behandelt, wie sie denn auch eine ganz eigene, schon von Mühlenbruch bemerkte, Terminologie für dieselbe haben: Conservatur portio hereditatis heißt es stets von ihnen, und es wird ausdrücklich hinzugesetzt, diese portio könne nie den Virilthеil übersteigen, weil natürlich die conj. pers. nie mehr erhalten darf, als der c. t. b. possessor selbst, ein Satz, der auch ebenso schon für die Vermächtnisse gilt [11]).

---

11) Fr. 5. §. 7. fr. 6. 7. fr. 15. §. 2. de legat. praest. Man hat diese Einschränkung auf die portio virilis ursprünglich für die Vermächtnisse an conjuncti aufgestellt, und dann auf die Institution übertragen. Dies erhellt aus der Art, wie die Römer alle übrigen Bedenkungen der conj. pers. stets mit den Legaten vergleichen, weßhalb auch, wenn der intestato Verstorbene ihnen mort. causa donationes gegeben hatte, Marcian in fr. 20. §. 1. eod. entscheidet, es könne keine Beschränkung ad virilem eintreten, quoniam comparatio nulla legatorum occurrit. — Uebrigens tadelten die Römischen Juristen das Edict (fr. 6. eod. saepe animadverti, hanc partem edicti habere nonnullas reprehensiones) darin, daß es die Berechnung dieser Virilportion bei der Concurrenz mehrer conj. personae unentschieden gelassen hatte. Sollte hier einem Jeden von ihnen ein Virilthеil conservirt werden? Dies schien den Römischen Juristen eine zu große Unbilligkeit gegen den c. t. b. possessor, und so nahm man denn sowohl für Vermächtnisse, als die Institution der conj. personae an, daß sie alle zusammen nur einen Virilthеil bekommen sollten. Julian scheint dies aufgebracht zu haben, was dann allgemeine Billigung fand, so daß es von Ulpian als ganz feststehendes Recht vorgetragen wird, fr. 6. fr. 8. pr. de legat. praest. s. Franckes Notherbenrecht. S. 148. Freilich konnte nun dies doch bisweilen vortheilhafter sein, als wenn dem, welchem die portio virilis conservirt wird, die c. t. b. p. aus eigenem Rechte zustände. fr. 7. de conjungendis. Man entschied sich aber doch für die Conservirung der portio, weil auch schon bei Legaten an conj. pers. ganz dasselbe Resultat herauskommen konnte,

Das ganze Rechtsverhältniß schwebt in merkwürdiger Weise zwischen den Grundsätzen der Erbeinsetzung und des Vermächtnisses in der Mitte, was sich daraus erklärt, daß man einestheils freilich manche Folgen des Erbeseins unmöglich läugnen konnte, sobald einmal die Erbeseinsetzung für gültig erklärt war, — anderntheils man aber doch die ganze lediglich von den Legaten hergenommene Ausnahme von diesen letzteren nicht zu sehr entfernen, und dem Rechte des **c. t. b. possessor** nicht zu sehr Abbruch thun wollte. Betrachten wir beide Punkte noch etwas genauer.

a) Ein Ausfluß des Erbeseins ist, daß die instituirte **conj. pers.** selbst wieder an der Legatenzahlung, und zwar an die **exceptae personae**, Theil nehmen muß [12]). Eine an-

---

und die Institution ganz nach der comparatio legatorum beurtheilt wurde (nam et legatum eidem datum praestaret (fr. 7. cit.).

12) Fr. 5. §. 8. de legat. praest. Siehe über diese schwierige Stelle Mühlenbruch a. a. O. S. 39. Note 84., dessen Erklärung aber auch wohl nicht befriedigend ist, denn die instituirte conj. pers. als heres ex asse anzunehmen, ist doch unmöglich, da so ausdrücklich von der portio hereditatis die Rede ist, und eine Verkürzung derselben durch die c. t. b. p. gar nicht erwähnt wird. — Vielleicht ist Folgendes richtiger. Ulpian sagt, die instituirte conj. pers. brauche bloß an die exceptae personae die Legate zu bezahlen, also die Legate an die extranei werden ungültig. Nun entsteht die Frage, ob die conj. pers. allein den Vortheil dieser für ihre portio ungültigen Legate haben soll. Ulpian verneint dies. Er unterscheidet zwei Fälle: 1) es sind außer den (ungültigen) Legaten an extranei noch (gültige) Legate an andere exceptae pers. aufgelegt worden (si legatis onerata sit portio, tam liberorum parentumve, quam extraneorum. Von einer Erwähnung des Abzugs der Falcidia finde ich gar keine Spur, denn das Wort onerata heißt nur, daß die Portion mit Legaten belastet ist, und es wird nirgends weiter in der Stelle auf eine Ueberlastung hingedeutet). In diesem ersten Falle solle der Vortheil der ungültigen Legate unter die sämmtlichen conjunctae pers. (also sowohl den Instituirten, als auch die mit Legaten Bedachten) gleichmäßig repartirt werden. Dieser Satz scheint mir sehr natürlich, da ja die Institution der parentes et liberi doch eigentlich als Legat behandelt wurde (s. im Text № b.), und nun auch die eine instituirte conj. pers. nicht, im Vorzug vor den übrigen, den Vortheil der ungültigen Legate allein ziehen sollte. Sie erscheinen hier gleichsam Alle als Collegatare, unter welche die un-

dere Einwirkung mußte die Conservirung der **portio hereditatis** auf die Freiheitsertheilungen äußern. Wir haben vorher gesehen, daß, wenn ein ganz Fremder instituirt ist, seine **her. aditio** für die Gültigkeit derselben gar keine Bedeutung haben kann, denn er wird ja durch die **c. t.** vollkommen removirt, und die Frage, wie weit das Testament gültig und ungültig sei, kann nicht von seinem Willen, sondern lediglich von den positiven Regeln der **c. t. b. p.** abhängen. Hier aber gestaltet sich die Sache offenbar ganz anders. Die Institution der **conj. pers.** wird nun einmal durch die **c. t.** nicht vernichtet, da wir hier also einen **jure scriptus heres** vor uns haben, so kann man auch unmöglich seine **her. aditio** für eine ungültige, nichts bedeutende Handlung erklären. Daraus folgt denn aber wieder mit unumgänglicher Consequenz, daß, wenn die **conj. pers.** diese **her. aditio** vornimmt, die Freiheitsertheilungen gültig werden. Deßhalb sagt denn auch Ulpian in **fr. 8. §. 2. de legat. praest.**: **si adierit hereditatem is, cui virilis conservatur, libertates competent ex necessitate per aditionem.** Die Bezeichnung des Instituirten durch die Worte: **is cui virilis portio conservatur** beweist ganz unwiderleglich, daß hier nur von dem Ausnahmsfall der instituirten **conj. pers.** die Rede ist[13]), und Ulpians

---

gültigen Legate vertheilt werden. 2) Der andere Fall ist, wenn keine conj. pers. da sind, mit denen man die ungültigen Legate zu theilen hätte (si non legatariis liberis parentibusque dandum sit), also der instituirten conj. pers. lediglich an extranei Legate aufgelegt wurden. Da diese, wie schon vorher gesagt ist, ungültig, aber keine andere conj. pers. vorhanden sind, unter welche der Vortheil zu repartiren wäre, so soll nun, wie Ulpian sagt, dieser Vortheil mit dem c. t. b. possessor getheilt werden, offenbar nach Viriltheilen (quod extraneis non praestatur, communicatur cum eo, qui c. t. petit). Auch dieser Ausspruch ist sehr erklärlich. Wenn die ungültigen Legate nicht an Collegatare fallen, so bleiben sie in hereditate. Der eigentliche Erbe ist hier aber der c. t. b. possessor, die instituirte conj. pers. leitet nur von ihm ihr Recht ab. Sie sollen deßhalb auch als coheredes den Vortheil der ungültigen Legate theilen, ebenso wie der Notherbe den Vortheil ganz allein zieht, wenn die conj. pers. repudiirt (fr. 21. eod.).

13) Dies hebt mit Recht schon Mühlenbruch hervor (a. a. O. S. 38.),

Gedankengang ist offenbar der: weil hier der **pers. conj.** ihr Erbtheil conservirt wird, sie also nicht **a tota hereditate repellitur**, so ist es freilich nothwendig, daß sie auch die **her. aditio** vornehmen, und dadurch die Freiheitsertheilungen zur Gültigkeit bringen kann. Daraus folgt, daß diese Stelle in keiner Weise benutzt werden darf, um die Gültigkeit der **libertates** auch bei der **her. ad.** eines ganz fremden **scriptus heres** darzuthun; im Gegentheil, da der **plane extraneus a tota hereditate repellitur**, so führt schon diese Stelle auf den umgekehrten Schluß, daß dann auch gar keine **necessitas** vorliegt, die Freiheitsertheilungen gelten zu lassen.

b) Dies sind die beiden Punkte, in denen die Conservirung der **virilis portio** nach den Grundsätzen der **heredis institutio** behandelt wird. Die **conj. pers.** kann an und für sich nicht verhindert werden, die **her. ad.** vorzunehmen, und sie muß jedenfalls, auch wenn sie dies nicht gethan hat, an der Zahlung der Vermächtnisse für andere **conj. pers.** Theil nehmen [14]. Aber dieser letzte Punkt zeigt schon, daß man die Succession der **conj. pers.** keineswegs als eine gewöhnliche testamentarische behandeln wollte, denn sonst würde sie verpflichtet gewesen sein, die Legate auch an die völlig **extranei**

---

und es ist auch gar nicht einmal nöthig, es in so zweifelndem Tone, wie er thut, als etwas bloß „Wahrscheinliches" vorzutragen. Außer, daß die Stelle selbst es schon zeigt, es sei nur von der portio der conj. pers. die Rede, sieht man dies auch aus dem ganzen Fragmente, dem der angeführte §. 2. angehört. Es ist ganz augenscheinlich, daß die beiden Fragmente, 5 u. 8 de legatis praestandis in Ulpians Edictscommentar sich aneinander schlossen. In beiden ist von dem Recht der conjunctae personae die Rede, und die Compilatoren schoben nur fr. 6. und 7. dazwischen, um noch genauer das zu erklären, was Ulpian in den letzten beiden §§. des fr. 5. ausführt.

14) Hiebei entsteht die Frage, ob, wenn sie die her. aditio vornahm, sie nicht alle Legate bezahlen mußte, ebensogut, wie alle Freiheitsertheilungen gültig wurden? Die Quellen sprechen davon nicht; mir scheint die Bejahung aber sehr wahrscheinlich. Nur müssen die übrigen conjuncti, oder der c. t. b. possessor, die ein Recht auf communicatio des Vortheils aus den ungültigen Legaten hatten, die doli actio haben anstellen können.

pro rata ihrer portio zu zahlen. Noch viel mehr sieht man dies aus der Art, wie die Römer jene necessitas, daß durch die her. aditio die libertates gültig wurden, zu umgehen wußten. Ulpian fährt darüber in fr. 8. §. 2. cit. folgendermaßen fort:

> Verumtamen videndum est, an de dolo actione teneatur, qui adiit? Et magis est, ut si denuntiante eo, qui praeteritus accepit c. t. b. p., hic adiit hereditatem, pollicente eo portionem virilem, sit quod ei imputetur, et de dolo actione teneatur; damno enim afficit hereditatem, dum competunt libertates.

In diesen letzten Worten, die wir schon oben benutzten, ist offenbar das Grundprincip der c. t. angegeben. Indem der Prätor den liberi die materielle pars hereditatis zuwenden will, welche sie ab intestato erhalten haben würden, so muß er diejenigen testamentarischen Verfügungen vernichten, welche eben diese materielle hereditas dem Notherben verringern (damno afficiunt). Deßhalb müssen da, wo der scriptus heres vollkommen a hereditate repellitur, die libertates von vorn herein ungültig sein; wo dagegen der conj. pers. ihre portio conservirt wird, da ist freilich die Ungültigkeitserklärung nicht so direct möglich, sie würde aller Consequenz Hohn sprechen. Aber das Princip der c. t. muß darum doch nicht minder aufrecht erhalten werden, und so sucht man dies denn indirect durch Umwege zu erlangen. Unsere Stelle theilt uns dies sehr deutlich mit.

Man ging darauf aus, die her. aditio der conj. pers. und also die daraus hervorgehende rein testamentarische Succession zu verhindern. Der Mittel, die hierauf abzielen, sind zwei. Zuerst soll der c. t. b. possessor seinem Verwandten denuntiiren, daß er sein Notherbenrecht geltend mache, und bereit sei, ihm seine portio virilis auszuzahlen. Und damit soll die conj. pers. zufrieden sein, und die her. aditio unterlassen. Was ist dies nun für ein Rechtsverhältniß? Heres wird sie nicht, denn sie hat ja gerade die Antretung nicht vorgenommen. Bonorum possessor ist sie auch nicht, denn es ist nicht daran zu denken, daß sie etwa die b. p. commisso

per alium edicto agnosciren könne. Wir sehen aus Ulpians Worten: pollicente eo portionem virilem sehr klar, von welchem Gesichtspunkte aus die Römer das Ganze behandeln. Der b. possessor soll der alleinige eigentliche Universalsuccessor sein, die conj. pers. von ihm ihr ganzes Recht ableiten, und auf ihr selbständiges civiles, auf her. aditio gestütztes Erbrecht verzichten. Sie gilt ähnlich wie ein Vermächtnißnehmer[15]), dem eine Quote der Erbschaft zu restituiren ist, aber dafür hat sie nun auch an den Vortheilen der c. t. Antheil. Die auf ihre portio gelegten Vermächtnisse werden ganz nach den Grundsätzen der c. t. b. p., ebenso als wie wenn sie selbst diese agnoscirt hätte, ungültig. Freilich, wie sich von selbst versteht, auch wieder mit derselben Ausnahme, die überhaupt hiebei gilt, und auf der ja ihr ganzes eigenes Recht ruht, daß nämlich wieder an andere conj. pers. die Legate zu zahlen sind. Ferner ist nun, durch die Verhinderung der her. ad. der andere Vortheil, der freilich der conj. pers. nicht weiter zu Gute kommen soll, erlangt, daß die libertates ungültig bleiben, und mithin das Princip der c. t. auch hier wirklich aufrecht erhalten wird.

> Fr. 23. de legat. praest. — Hi, quibus relictum in virilem portionem divus Pius conservari constituit, ex servis, qui libertatem propter bonorum possessionem contra tabulas acceptam consequi non potuerunt, nihil habebunt.

Diese Stelle bestätigt durch ihre Entscheidung sowie die Art der Argumentation alles über die Freiheitsertheilungen und das Ausnahmsrecht der conjunctae personae Gesagte, wie mir scheint, vollständig. Als der eigentliche Grund, weßhalb die libertates nicht gelten, wird die Agnition der c. t.

---

15) Daraus erklärt sich jener in Note 12. angeführte Satz, daß in Bezug auf den Vortheil aus den an extranei hinterlassenen Legaten die instituirte conj. pers. doch nicht besser stehen soll, als die bloß mit einem Legat bedachte. Jene, sobald sie die Legate an extranei nicht zu zahlen hat, muß ja immer als auf die her. ad. verzichtend gedacht werden, dann aber steht sie dem b. possessor als Vermächtnißnehmer gegenüber, und theilt mit den übrigen Legataren die wegfallenden Vermächtnisse.

angeführt, nicht aber die Unterlassung der her. aditio. Man sah es also als regelmäßige Folge der c. t. an, daß die her. aditio der conj. pers. unterbleiben müsse, und so denn auch als Folge der c. t., daß die Freilassungen nicht gelten. Um so mehr aber wird hiedurch bewiesen, daß, wenn der scriptus ein extraneus ist, also seine her. aditio überhaupt gar nicht berücksichtigt zu werden braucht, die libertates durch die c. t. vernichtet werden. Andererseits aber zeigt die Stelle auch, daß die conj. pers. dem b. possessor gegenüber vorherrschend als Vermächtnißnehmer behandelt wird. In Beziehung auf die Legate an extranei, die durch die c. t. ungültig werden, erscheint er freilich als coheres, indem ihr Werth nicht dem b. possessor allein zufällt, sondern Beide ihn mit einander theilen (s. Note 12.). Und dies erscheint auch billig, da doch die Legate auf der Portion des Instituirten unmittelbar haften, und ebensogut wie er sie an die conjuncti zu zahlen hat, so er auch an dem Vortheile der nicht zu zahlenden Legate seinen Antheil haben muß. Dagegen die Freiheitsertheilungen erscheinen mehr als ein gleich von der ganzen Erbschaft zu machender Abzug, und von dem Vortheile, daß dieser hier nicht die Erbschaft vermindert, soll die conj. pers. nichts erhalten, denn da die libertates nicht gelten, so kann sie auch die her. aditio nicht vorgenommen haben. Erbin also ist sie nicht, und sie soll sich auch nicht darauf berufen, daß durch ihre Unterlassung der her. ad. der Vortheil entstanden sei. Denn sobald der b. possessor ihr denunciirt und den Erbtheil verspricht, so ist sie zu dieser Unterlassung positiv verpflichtet, sie soll eben mit dem ihr gemachten Versprechen zufrieden sein. Die c. t. also ist es, welche die libertates vernichtet, und zugleich den einzigen Weg, sie zur Gültigkeit zu bringen, entschieden verbietet. So aber erklärt es sich, daß der, welcher gar nicht heres ist, auch nicht an dem Vortheile aus den ungültigen Freiheitsertheilungen Antheil haben soll, sondern daß dieser lediglich dem b. possessor zufällt. —

Dies ist die Gestalt, welche das Verhältniß der pers. conj. und des bonorum possessor regelmäßig haben soll. Aber in dem Bisherigen liegt schon, daß dem gegenüber die Vornahme

der her. ad. doch immer denkbar bleibt. Es kann dies geschehen sein, weil der b. possessor die Denuntiation gar nicht hatte ergehen lassen. Alsdann hat er es sich selbst zuzurechnen. Wenn aber die Denuntiation nicht versäumt worden war, so wäre die her. aditio stets dolus, und deßhalb kann der Instituirte auch mit der actio doli belangt werden. Und diese drohende Strafe ist ein zweites, kräftiges Mittel, um denselben, falls die Vortheile der vom Prätor ihm zugewiesenen Stellung ihn nicht bewegen sollten, dennoch zum Verzichte auf die civile testamentarische Succession zu veranlassen.

V. Die abgeleitete c. t. b. p.

§. 85. Die Wirkungen der c. t. in Bezug auf die Nebenbestimmungen des Testamentes sind jetzt vollständig entwickelt. Mit dem Hauptpunkte aber, der Wirkung auf die Institution, sind wir noch nicht zu Ende. Bisher sind nur erst die zwei Fälle untersucht worden, wenn der institutus ein völlig extraneus (§. 82.), und wenn er eine conjuncta persona ist, welche letztere die Römer bald unter die extranei im w. S. rechnen, bald den extranei im engeren Sinne entgegensetzen. Wir müssen jetzt zu dem dritten Falle übergehen, wenn der institutus einer von den liberi ist, welchen im Fall der Präterition die nominelle oder wahre c. t. b. p. zusteht. Daß dieser Fall eine von den beiden anderen ganz verschiedene Gestalt darbieten muß, ist bei dem Zwecke des Prätors, die c. t. zu einer allgemeinen Erbschaftsregulirung sämmtlicher liberi zu machen, sehr natürlich. Es bezieht sich darauf ein ganz eigenes Institut, die b. p. commisso per alium edicto. Wir wollen sie kurz die abgeleitete c. t. b. p. nennen [1]).

Die Voraussetzung ist, daß zwei Notherben neben einan-

1) Fr. 3. §. 11. de b. p. c. t. — Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad c. t. b. p. vocari non debet; quum enim possit secundum tabulas habere possessionem, quo bonum est, ei contra tabulas dari? Plane si alius committat edictum, et ipse ad c. t. b. p. admittetur.

der stehen, deren Einem sein Notherbenrecht gewahrt wurde, während der Andere präterirt ist. Jener Erstere kann, wie ich eben schon bemerkte, ein civiler oder Prätorischer Notherbe sein, dem also im Fall der Präterition die nominelle oder wahre c. t. zustehen würde. Ebenso ist aber auch umgekehrt unter dem Präterirten sowohl der civile als Prätorische Notherbe zu verstehen. Denn, wie ich oben schon anführte, es hat die nominelle c. t. der civilen Notherben gerade darin eine Hauptbedeutung, daß hier aus dem majus der reinen Intestatsuccession für andere Personen wenigstens das minus der wahren c. t. b. p. abgeleitet werden kann.

Indeß haben wir einstweilen diesen Fall hier noch unberücksichtigt zu lassen, indem, wie gleich im Anfang des §. 82. hervorgehoben wurde, vorerst ohne Rücksicht auf die Concurrenz des Intestaterbrechts civiler Notherben, rein die Wirkungen der wahren c. t. b. p. festzustellen sind. Wir werden auch später sehen, daß eine Committirung der c. t. b. p. aus der Person eines Intestaterben, erst spätere Fortbildungen der Römischen Jurisprudenz sind, während man anfangs meinte, daß nur aus der Person dessen, der zur wahren c. t. berufen ist, diese auf sämmtliche instituirte sui und emancipati übertragen werden könne. Demnach denken wir uns also neben dem Instituirten einen präterirten Accrescenzerben oder emancipatus.

Es lag freilich sehr nahe, daß der Prätor, wenn einmal die Frist der c. t. wegen der Präterition des Prätorischen Notherben lief, er an derselben mit diesem zugleich auch schon die instituirten liberi zuließ, damit gleich aus der Zahl der Concurrenten bestimmt werden könne, auf welche Quote dem Präterirten die c. t. zu geben sei. Dieser soll ja nur eine so große pars erhalten, als er ab intestato bekommen haben würde, wenn kein Testament gemacht wäre, also im Verhältniß zu seinen instituirten Geschwistern einen Viriltheil. Das aber läßt sich nur aus der Zahl sämmtlicher liberi ersehen, und sie also gleich in derselben ersten Frist allesammt berufen, wäre nichts weiter gewesen, als was an und für sich nur in der nominellen c. t. der präterirten filii sui und postumi liegt, daß sie nämlich, während andere Geschwister die

c. t. agnosciren, in derselben Frist auch zugleich die b. p. auf ihren Intestattheil erhalten. Läge hier also nichts weiter vor, so könnten wir auch diese in derselben ersten Frist ertheilte b. p. der Instituirten ebenfalls nur eine nominelle c. t. nennen, während sie doch dem Wesen nach eine wahre sec. tab. wäre. Aber daß man hiebei nicht wohl stehen bleiben konnte, ist leicht einzusehen.

Indem man dem präterirten Notherben seinen Viriltheil gewähren wollte, mußten jedenfalls die instituirten liberi, wenn sie auf mehr als die virilis portio eingesetzt waren, bis auf diese verkürzt werden. Kamen sie also durch die c. t. ihres Bruders in Schaden, so war es auch wieder billig, daß sie umgekehrt an den Vortheilen dieser Succession Theil nahmen. Aber hier kommt überhaupt noch mehr als die Billigkeit in Betracht.

Man muß sich wohl hüten, die c. t. b. p. als ein bloßes Rechtsmittel, wodurch der Präterirte seinen materiellen Intestattheil erhielte, anzusehen; als wenn hier etwas Aehnliches, wie bei der querela inoff. vorläge. Die c. t. afficirt das ganze Testament, sie geht, wie jede andere b. p., auf die ganze Universalsuccession. Sie ist keine Klage, kein Rechtsmittel, gegen die bestimmte Person des scriptus heres gerichtet, sie ist eine absolute, auf die volle Repräsentation des Verstorbenen gerichtete, Beerbung [1a]). Freilich tritt sie nicht ganz ipso jure ein, sie setzt die besondere Erbittung voraus, aber das verändert doch in ihrem Wesen nichts, und so duldet sie an und für sich keine andere Succession neben sich.

Allerdings konnte neben der wahren c. t. das Intestaterbrecht eines filius oder postumus praeteritus nicht vernichtet werden, aber gerade deßhalb fügte man dies wenigstens als nominelle c. t. an die wahre an, um doch wenigstens äußerlich eine gleichartige Succession zu haben. Ebenso ist es nun auch mit den instituirten liberi. Der Prätor will ja nur die extranei vertreiben, und unter sämmtlichen liberi eine

1a) Deßhalb wird von dem Theile der instituirten liberi gesagt: nam quod habuit ex judicio (parentis), convertitur ad contra tabulas bonorum possessionem. Fr. 3. de dotis coll.

gleiche Vermögensvertheilung herstellen; also kann er nicht die zurückweisen, die, wären sie nicht instituirt, selbst die c. t. haben würden. Da nun aber doch die c. t. das ganze Testament und das ganze Vermögen betrifft, so müssen nothwendig auch die Instituirten daran Theil nehmen. Das eben heißt es, daß sie commisso per alium edicto die c. t. agnosciren dürfen. Aber unmöglich konnte ihnen diese Agnition als nothwendige Pflicht aufgelegt werden. Da der Prätor nichts will, als den Präterirten ihnen gleichstellen, nicht aber ihn vorziehen, so kann die Unterlassung der Agnition unmöglich den Verlust ihres Rechts mit sich führen. Der Prätor berücksichtigt sie, auch wenn sie nicht vor ihm erscheinen.

Hieraus erklärt sich die Stellung der Instituirten dem Präterirten gegenüber. Sie zerlegt sich in drei Fälle.

1. Wenn der Instituirte die abgeleitete b. p. agnoscirt, so erhält er dadurch stets den Viriltheil. War er also auf Weniger eingesetzt, so gewann er [2]; war ihm eine größere Quote vom Erblasser zugetheilt, so gereichte ihm die b. p. zum Nachtheil, dem er aber auch durch Unterlassung der Agnition gar nicht entgehen kann. Denn es soll nun einmal gegen den Willen des Erblassers wegen Präterition des Einen eine gleichmäßige Vertheilung der Erbschaft nach Virilportionen eintreten.

Wir finden also in dieser Beschränkung auf den Viriltheil dasselbe, was auch bei den conjunctae personae eintritt. Aber das Recht der Letzteren unterscheidet sich doch von dem der instituirten liberi wesentlich dadurch, daß jene nie mehr erhalten können, als worauf sie instituirt sind, daß sie ferner

---

2) Fr. 8. §. 14. de b. p. c. t. — Non est novum, ut emancipatus praeteritus plus juris scriptis heredibus fratribus suis tribuat, quam habituri essent, si soli fuissent. Quippe si filius, qui in potestate patris est, ex duodecima parte heres scribatur emancipato praeterito, dimidiam partem beneficio emancipati occupat, qui si emancipatum fratrem non haberet, duodecimam partem habiturus esset. Sed si ex parte minima sit heres institutus, non pro ea parte, qua institutus est, tuendus est commisso edicto, sed amplius per b. p. habere potest. Es folgen dann die schon §. 82. mitgetheilten Worte.

ihr Recht nur vom **b. possessor**, einem Vermächtnisse gleich, ableiten sollen, wobei also die Voraussetzung ist, daß der **b. possessor** die Agnition schon vorgenommen haben muß. Die instituirten **liberi** aber haben ein ganz selbständiges Recht auf die **b. p.**, sie sollen ja doch jedenfalls wegen ihrer eigenen Person einen Viriltheil erhalten. Daß sie denselben nach dem Recht der **c. t.** erhalten, wird freilich aus der Präterition ihres Bruders abgeleitet, da sie aber auch ohne das einen Anspruch auf **b. p.** haben, so brauchen sie nicht zu warten, bis der Präterirte sein Recht geltend macht. Ihre **b. p.** wird nur eben, weil sich die **c. t.** nothwendig auf die ganze Universalsuccession erstreckt, ihrem Inhalte nach durch den Präterirten anders gestaltet, als dies aus ihrer eigenen Person, und ihrem Rechte als Instituirte folgen würde [3]).

2. Weil der Anspruch der instituirten **liberi** ein selbständiges nur dem Inhalte nach durch den Präterirten modificirtes Recht ist, so konnte man unmöglich folgern, daß, wenn er die abgeleitete **b. p. c. t.** nicht agnosciren wollte, sein Theil schon deßhalb als ausgeschlagen den Uebrigen accrescire. Der Zweck der **c. t.** ist doch nur, dem Präterirten seinen Viriltheil zu verschaffen, und wenn nun auch die **c. t.** allerdings auf die ganze Universalsuccession sich erstreckt, so kann dies nicht so weit ausgedehnt werden, daß es den Instituirten bei Verlust alles Rechts zwänge, an der notherbenrechtlichen Succession Theil zu nehmen. So kommt es, daß man ihn auch schützen mußte, wenn er aus dem Testamente die **her. aditio** vornahm. Freilich in soweit beherrscht ihn auch dann die **c. t.**, daß er nie mehr als den Viriltheil erhalten kann. Ist er aber nur auf diesen oder auf weniger instituirt, so kann er als civiler Erbe seinen ganzen Institutionstheil sich aneignen [3a]).

---

3) Fr. 10. §. 6. eod. — Hi, qui propter alios c. t. b. p. petunt, non exspectant, ut praeteriti b. p. accipiant, verum ipsi quoque b. p. petere c. t. possunt; quum enim semel beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admissi, jam non curant, petant illi, nec ne, bonorum possessionem.

3a) Dies Recht geht auch auf die Erben des Instituirten über, wenn er ohne Agnition der b. p. gestorben ist, und ihm sein Institutionstheil als suus heres ipso jure zugefallen war. Auf die

Durch die Wahl der **her. ad.** vermag er also nie zu gewinnen, wohl aber kann er dadurch verlieren, denn die Wirkung der **her. aditio** ist, daß er sogleich den Anspruch auf die abgeleitete c. t. verliert, weil diese mit einer Anerkennung des Testamentes nicht vereinbar ist (s. §. 83. Note 5. u. 6.) [4].

Wirkungen der c. t. haben dann aber diese Erben keinen Anspruch. Fr. 1. §. 8. de collatione.

4) Fr. 14. pr. eod. (Africanus). — Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit, alter praeteritus, si institutus adierit, quamvis verbis edicti parum expressum sit, tamen non posse eum petere b. p. respondit, quia judicium patris secutus sit; nec enim emancipatum, si legatum acceperit, admitti ad b. p., sive ab heredibus institutis, sive ab his, qui c. t. petierint, acceperint. Sed illud observandum, ut Praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem, qua scriptus sit, tueri debeat, dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si b. p. accepisset, ut hactenus deteriorem causam suam fecerit; quodsi ex minore parte sit institutus, eam duntaxat retinere possit, et quod extraneis quoque legata praestare cogatur. Hier bestand übrigens eine Controverse unter den Römischen Juristen. Die Einen (mit African) hielten streng an der im Text angegebenen Regel fest, daß, wer das Testament anerkenne, keinen Anspruch auf die c. t. und deren Vortheile habe. Die tuitio Praetoris, welche rücksichtlich des antretenden Instituirten erwähnt wird, ist daher nicht etwa die Ertheilung einer b. p. an denselben, wie Mühlenbruch meint (a. a. O. S. 35. Note 79.), denn es wird hier gerade vorausgesetzt, der Instituirte habe sie nicht agnoscirt, sondern sie bedeutet die Aufrechthaltung des reinen Civilrechts, neben der dem Präterirten ertheilten c. t. — Die Gegner des African, zu denen Paulus gehört, nahmen die mildere Ansicht an, daß, da der Instituirte doch die c. t. hätte agnosciren können, er die Vortheile derselben genießen solle, als wenn er sie wirklich agnoscirt habe. Fr. 15. §. 1. de legat. praest. — Sed si scriptus quidem adierit hereditatem, praeteritus autem b. p. acceperit, hic quidem, qui b. p. accepit, certis personis legata debebit. De scripto autem quaeritur. Et complures putant, certis personis et eum praestare debere. Quod puto verius esse, nam et Praetor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est, qui c. t. petere potuerunt. — Für Paulus spricht die Billigkeit, wenn man sich denkt, daß der scriptus durch irrige und unbedachte Antretung sich mittelst der an extranei zu zahlenden Legate großen Schaden verursacht hat. Je-

Allerdings kommt hiedurch das Resultat heraus, daß wieder zwei verschiedene Successionen neben einander bestehen, eine testamentarische und eine c. t.; aber das ist nun einmal nicht zu ändern. Das Princip, alle liberi neben einander anzuerkennen, ist die Hauptsache. Das andere, nämlich die Grundsätze der c. t. über die ganze Erbschaft herrschen zu lassen, ist das schwächere, das im Conflict mit jenem zurückweichen muß. Der Prätor kann nichts thun, als den Instituirten die Möglichkeit bieten, sich der c. t. zu bedienen. Gegen ihren Willen das zweite Princip durchführen, hieße einer juristischen Theorie zu Liebe den Hauptzweck verfehlen, den man vor Augen hatte [5]).

Vergleichen wir nun aber wieder das Recht der instituirten liberi mit dem der übrigen Instituirten, namentlich der **conjunctae personae**. Es besteht hier eine völlige Stufenfolge. Der **extraneus** wird ganz hinweggeräumt, seine **hereditatis aditio** hat, wenigstens für ihn selbst gar keine Bedeutung. Die **conjuncta persona** kann allerdings, weil doch ihre **portio virilis** conservirt wird, durch Antretung die Erbschaft als testamentarischer Erbe erwerben, aber ihr ist dies durch den Prätor verboten, und sie macht sich mit der **actio doli** für den Schaden verhaftet, der daraus der Erbschaft erwächst. Ganz anders aber ist es bei den instituirten **liberi**. Der Prätor muß sie nach seinem eigenen Princip schützen, auch wenn

---

denfalls aber ist Africans Ansicht die juristisch consequentere. Paulus widerspricht sich selbst, indem er eben vorher in demselben § sagt: Sed si solus heres institutus c. t. b. p. acceperit, omnibus debebit legata praestare, perinde atque si adiisset hereditatem. Also wenn er die hereditas antritt, so muß er doch sämmtliche Legate prästiren, und nun gleich darauf sucht Paulus zu beweisen, daß der die hereditas Antretende sie nicht zu zahlen brauche »perinde atque si accepisset b. p.!« Damit ist also in beiden Fällen ohne Princip gerade das Entgegengesetzte von dem, was eigentlich vorliegt, an die Stelle gesetzt.

5) Indeß wirkt das zweite Princip wenigstens noch in soweit ein, daß der Instituirte, der die her. ad. vorgenommen hat, ebensowenig ein ihm hinterlassenes Legat fordern kann, als wenn er die abgeleitete c. t. b. p. agnoscirt hätte. Fr. 22. de legat. praest.

sie nicht die b. p., sondern die her. aditio erwählen. Es ist also nicht daran zu denken, daß sie dadurch, wie die conj. pers., die doli actio auf sich zögen, denn diese ruht ja nur auf der an die conj. pers. zu machenden Denuntiation, welche hier, wo ein selbständiges dem Präterirten gegenüber vorhandenes Recht des Instituirten vorhanden ist, gar nicht vorkommt. Aber freilich muß der Instituirte nun doch alle Wirkungen der her. aditio, also alle Legate, wenigstens nach der consequenteren Ansicht Africans anerkennen [6]).

3. Das Bisherige zeigt, daß der Prätor bei den insti-

---

6) Hiedurch bestätigt sich jedenfalls das §. 84. Note 14 Gesagte, daß auch die instituirte conj. pers., wenn sie die her. ad. vornahm, die Legate an die extranei zu zahlen hat, und darin werden Africans Gegner (s. Not. 4.) gewiß nicht anderer Meinung gewesen sein, denn der Billigkeitsgrund des Paulus, quod ex his liberis est, qui c. t. petere potuerunt, paßt für die conj. pers. gar nicht. — Sehr zweifelhaft ist aber umgekehrt die andere Frage, ob, wenn die instituirten liberi die her. ad. vornahmen, die libertates vollkommen gültig geworden seien? Schon bei der instituirten conj. pers. heißt es, sie seien ex necessitate anzuerkennen. Dagegen kann nun aber hier nicht von der actio doli die Rede sein, wodurch sich der b. possessor entschädigte. Und so scheint es, daß nun auch er die libertates vollkommen habe anerkennen müssen. Dennoch kann ich dies kaum glauben. Ebensogut wie der Prätor die c. t. in der Weise über die ganze Erbschaft herrschen läßt, daß dem Präterirten sein Virilttheil durch den Willen des Instituirten nie gekürzt werden kann, so wird er auch keine Einwirkungen auf den Werth dieses Viriltheils zugelassen haben. Ganz so wird ja auch durch die her. ad. dem b. possessor keine größere Pflicht zur Legatenzahlung auferlegt, als ihm schon nach den Regeln der c. t. obliegt. Der Instituirte begründete nur für seinen Institutionstheil die Gültigkeit der Legate an extranei. Freilich kann man ebenso nicht auch die Freiheitsertheilungen behandelt haben, denn die Freiheit ist untheilbar. Aber deßhalb scheint es mir auch gar nicht unwahrscheinlich, daß der Instituirte auf seinen Theil alle Freiheitsertheilungen anrechnen mußte; er hatte den Schaden sich selbst zuzuschreiben, indem er ja die her. ad. unterlassen und die abgeleitete c. t. ergreifen konnte. — In den Quellen wird diese Frage, soviel ich weiß, gar nicht erwähnt, indeß läßt sie sich einigermaßen mit fr. 77. §. 29. de legat. II. vergleichen. Man kann auch hier sagen: libertates praestandas, quas intercidere damni causa durum videbatur.

tuirten **liberi** sogut wie bei den **conjunctae personae** die Vornahme der **her. aditio** verhindern will, nur daß er sie jenen nicht so streng wie diesen verbieten kann. Sein Zweck ist, die ganze Erbschaft nach den Grundsätzen der **c. t. b. p.** zu reguliren. Und ganz abgesehen von dem in Note 6 vermutheten Punkte, (daß nämlich die Last der Freiheitsertheilung lediglich auf die Portion des Instituirten fiel), so war schon die Ungültigkeit der Legate an **extranei** genügender Grund, daß man sich vor der **her. aditio** gehütet haben wird, um der Vortheile der **c. t.** theilhaftig zu werden. Später, als vielleicht des Paulus Ansicht in die Praxis eingriff, und die Legate an **extranei** trotz der **her. aditio** ungültig bleiben sollten, mag letztere wieder mehr vorgekommen sein. Auf alle Fälle sehen wir, daß der Prätor die Ungültigkeit der Legate an **extranei** soviel als möglich zu einer allgemeinen macht, indem sie nicht bloß für den statt findet, der selbst die abgeleitete **c. t.** hat, sondern auch für den, welchem nur die **portio virilis conservatur.** Aber daß dies **beneficium** auch Anderen als dem Präterirten mitgetheilt wird, hat doch nur darin seinen Grund, daß wirklich der Präterirte von seinem Rechte Gebrauch macht. Bei der **conj. pers.** versteht sich dies immer von selbst, indem die Denuntiation des **b. possessor** an sie natürlich erst nach der Agnition der **b. p.** Bedeutung hat, und auf dieser Denuntiation das ganze Recht der **conj. pers.** ruht. Bei den instituirten **liberi** aber ist es, wie wir gesehen haben, anders. Sie brauchen die Agnition des Präterirten nicht abzuwarten, um die abgeleitete **b. p.** geltend zu machen. Aber dadurch wird doch nichts an dem Satze geändert, daß sie dies **beneficium** der **c. t.** nur haben, wenn der Präterirte von seinem Rechte Gebrauch macht. Geschieht dies also nicht, so muß der Präterirte ganz wie ein **scriptus heres** alle Legate zahlen [7]). Seine **b. p.** hat daher nur den Namen der

---

7) Fr. 15. §. 1. de legat. praest. — Sed si unus emancipatus heres scriptus sit, alter praeteritus, et utrique c. t. b. p. acceperint, et institutus eadem praestat, quae praeteritus. Sed si solus heres institutus c. t. b. p. acceperit, omnibus debebit legata praestare, perinde atque si adisset hereditatem. Fr. 14.

c. t., dem Wesen nach ist sie eine **secundum tabulas**, und wir können sie ebensogut, wie die des präterirten Haussohns oder **postumus**, eine nominelle nennen, nur daß die letztere ein noch volleres Recht, als die wahre c. t. enthält, während umgekehrt die c. t. des Instituirten nicht einmal die Vortheile der wahren c. t. mit sich führt.

Hieraus aber ersieht man, daß die ganze abgeleitete c. t. b. p. nicht eine eigenthümliche Willkührlichkeit Prätorischer Jurisdiction, sondern lediglich das Ergebniß des allgemeinen Princips ist, eine jede Succession müsse die ganze Erbschaft, die c. t. also auch das ganze Testament umfassen [8]). Es ist mithin derselbe Grund, den wir auch für die nominelle b. p. des civilen Notherben oben gerechtfertigt haben, ein Grund, der es von selbst mit sich bringt, daß wenn eine Succession überhaupt nicht eröffnet wird, natürlich auch Andere nicht daran Theil nehmen können. Daß dies Princip hier sich zu einem äußerlich ganz besonderen Institute gestaltet, kommt ja nur daher, daß alle b. p. überhaupt auf specieller Agnition beruht. Wollte man also noch Andere zur c. t. zulassen, so mußte man ihnen eine ganz eigene b. p. geben. Aber auch davon ging, wie wir aus der Ansicht des Paulus sehen, die spätere Jurisprudenz ab, denn seine Meinung, daß der Instituirte trotz der **her. aditio** die Legate an **extranei** nicht zu zahlen brauche, können wir ja auch so ausdrücken: die einmal eröffnete c. t. wird **ipso jure** auch auf die übrigen **liberi**

---

pr. eod. — Eine andere Aufrechthaltung der testamentarischen Succession liegt darin, daß, wenn auch der instituirte Sohn selbst nach dem Rechte der c. t. succedirt, doch der durch Pupillarsubstitution an seine Stelle Rückende ganz an die Vorschriften des Testaments für den auf den Sohn gefallenen Theil gebunden ist. Fr. 126. pr. de legat. I.

8) Fr. 8. §. 14. de b. p. c. t. — et ideo sive emancipatus, sive is qui in potestate mansit, sive in adoptionem datus ex minima parte heres scriptus sit, non redigitur ad eam portionem, ex qua institutus est, sed virilem accipit. Indem man sagt, der Präterirte solle durch die c. t. den Viriltheil erhalten, so liegt doch darin auch die Anerkennung der Uebrigen, deren Theil also die c. t. des Präterirten in einen Viriltheil verwandeln muß.

ausgedehnt, sobald sie nur überhaupt an der Succession Theil nehmen wollen, eine besondere Agnition ist nicht nöthig.

§. 86. Die abgeleitete **b. p.** setzt ihrem ganzen Wesen nach, wie oben schon hervorgehoben wurde, solche **liberi** voraus, welche, wenn sie nicht instituirt wären, selbst ein Recht auf die c. t. b. p. haben würden. Dies erkennen auch die Römer ausdrücklich an [1]). Aber in einem Punkte sind sie doch über diesen Satz hinaus gegangen. Nicht bloß instituirte **filii**, und **postumi sui**, Accrescenzerben und Emancipirte haben die abgeleitete b. p., sondern auch den durch Adoption in eine fremde Familie Gegebenen ist sie zugestanden worden. Und zwar nicht erst durch erweiternde Interpretation der Juristen, sondern in Folge ausdrücklicher Verfügung des Edicts:

> **Fr. 8. §. 11. de b. p. c. t. (Ulp.) — In adoptionem datos filios non summoveri Praetor voluit, modo heredes instituti sint; et hoc justissime eum fecisse Labeo ait, nec enim in totum extranei sunt. Ergo et si fuerint heredes scripti, accipient c. t. b. p.; sed ipsi soli non committent edictum, nisi fuerit alius praeteritus ex liberis, qui solent committere edictum. Sed si ipse scriptus non sit, sed alius, qui ei acquirere hereditatem potest, non est in ea causa, ut eum ad b. p. c. t. admittamus.**

Die c. t. b. p. wurde, wie wir gesehen haben, eingeführt, um die **extranei** von der Erbschaft zu vertreiben, unter den **liberi** aber eine gleichmäßige Vertheilung der Erbschaft eintreten zu lassen. Es lag sehr nahe, daß man fragen mußte, zu welchen von beiden Klassen, den **liberi** oder **extranei**, man den **in adoptionem datus** (unter dem natürlich ein leibliches Kind vorausgesetzt wird [2])) zu rechnen habe. Wenn nun frei-

---

1) Fr. 10. §. 4. de b. p. c. t. — Liberi, qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt, si per alios committatur edictum; quo enim bonum est, iis favere, ut partem faciant, nihil habituris? Diese liberi sind also die, welchen, wenn sie instituirt sind, die portio virilis conservatur.

2) Fr. 8. §. 12. eod. — Ut autem admittantur ad b. p., ex liberis esse eos oportet.

lich kein Zweifel sein konnte, daß ihm die c. t. nicht selbständig zugestanden werden könne, so war es doch etwas ganz Anderes, ob, wenn er instituirt war, er mit den übrigen **extranei** solle ausgetrieben werden. Es wird ja gerade vorausgesetzt, daß er **ex liberis** sei (Note 2), und er kann doch unmöglich, wie Labeo auch in der angeführten Stelle hervorhebt, **in totum extraneus** genannt werden. Sehr natürlich daher, daß der Prätor, als er den Accrescenzerben die c. t. zur Vertreibung der **extranei** gab, und also umgekehrt die instituirten **liberi** an der c. t. mit Theil nehmen ließ, den **in adoptionem datus** diesen letzteren zuzählte.

Die weiteren Regeln, unter welchen derselbe gerufen wird, sind einfach zu bestimmen. Wie er sich überhaupt dadurch von den übrigen **liberi** unterscheidet, daß er nie aus eigener Person die c. t. haben kann, so finden sich auch im Uebrigen noch einige Eigenthümlichkeiten. Jedenfalls versteht es sich, daß er in dem **gradus** eingesetzt sein muß, gegen welchen die c. t. des Präterirten gerichtet ist [3]). Wenn er aber unter einer Bedingung eingesetzt war, so steht seine abgeleitete c. t. ebenfalls unter dieser, da er ja, wenn die Bedingung wegfällt, kein selbständiges Recht auf die c. t. b. p. hat [4]). Ob übrigens das Kind vor oder nach dem Tode des Testators adoptirt worden, ob der Adoptivvater noch lebt oder nicht, ist gleichgültig [5]). Etwas ganz Eigenthümliches aber ist, daß dem **in adoptionem datus**, wenn er als **scriptus** die **her. aditio** vornimmt, dies ihm jedenfalls bei Geltendmachung der abgeleiteten b. p. nicht entgegensteht [6]). Und

---

3) Fr. 8. §. 13. de b. p. c. t.

4) Fr. 11. pr. eod.

5) Fr. 9. 10. pr. eod.

6) Fr. 10. §. 1. §. 3. eod. — (Ulp.) Illud notandum est, quod, et si adierit hereditatem in adoptionem datus, contra tabulas ei datur; alias autem si quis legatum, si quis portionem sibi datam agnoverit, a contra tabulas b. p. repellendus est. Ulpian hatte demnach wahrscheinlich die strengere Ansicht Afrikans (s. §. 85. Note 4.), daß alle instituirten liberi, außer dem in ad. dat, wenn sie die her. ad. vornehmen, auch an die extranei die Legate zu zahlen haben.

jene hat hier sogar so wenig Bedeutung, daß wenn der in ad. datus sie auf Befehl seines Adoptivvaters vorgenommen, dann aber erst nach der Emancipation die c. t. erbeten hat, nicht dem Vater, sondern ihm selbst das Vermögen erworben wird [7].

Jetzt erst können wir in einem Gesammtüberblick sämmtliche in der c. t. b. p. vereinigten Personen zusammenstellen. Es ist auch in dem Bisherigen zugleich angegeben, welche dieser Personen erst durch spätere Ausdehnungen zu der ursprünglichen b. p. hinzugezogen sind. Wir wollen also das Resultat unserer Untersuchungen hier nochmals kurz überblicken.

1. Die ursprüngliche wahre c. t. b. p. ist die der Accrescenzerben; eingeführt, um ihnen einestheils den scripti extranei gegenüber ein Recht auf die tota hereditas zu geben, anderntheils im Fall der Concurrenz mit anderen liberi eine natürliche Vertheilung der Erbschaft nach Viriltheilen und mit gleichmäßigen Principien in Beziehung auf die Nebenbestimmungen des Testaments eintreten zu lassen. Diese concurrirenden liberi können (da die Exheredationen bestehen bleiben) nur präterirt oder instituirt sein. In jenem Fall haben sie entweder aus eigener Person die wahre c. t. oder, wenn es Civilnotherben sind, die nominelle, die in derselben Frist agnoscirt wird, aber freilich dem Wesen nach nichts Anderes als eine Intestatsuccession sein kann. Im Fall der Institution aber haben sämmtliche liberi sui, emancipati und in adoptionem dati die abgeleitete c. t. Beide, die nominelle wie die abgeleitete b. p. erklären sich daraus, daß die c. t. gegen das ganze Testament gerichtet ist, also auch die gesammte Universalsuccession umfassen muß. Dies sind mithin Theile der b. p. c. t., welche wir uns gleich von Anfang an als bestehend zu denken haben.

2. In der Folge wurde auch den emancipati als fingirten sui ein selbständiges Recht auf Institution oder Exheredation, also auch im Fall der Präterition eine selbständige

---

7) Fr. 10. §. 2. eod.

c. t. b. p. gegeben. Es kann wohl nach den obigen Beweisen als sicher angenommen werden, daß diese Hinzuziehung der **emancipati** erst ein späterer Schritt war. Und die historische Anknüpfung ist denn auch in der That so sehr natürlich. Daß nämlich die **emancipati** gleich von Anfang an ebensogut wie die **in adoptionem dati** auf die abgeleitete c. t. Anspruch hatten, ist doch wohl nicht füglich zu bezweifeln. Sehr leicht konnte nun ein späterer Prätor darauf kommen, das Recht der Emancipirten noch zu vergrößern, während das der **in adoptionem dati** sehr erklärlicher Weise in den alten Gränzen bestehen blieb. Aber es erscheint jetzt als eine Singularität, während das früher durchaus nicht der Fall gewesen war.

3. Der letzte Schritt, der auf ein Kaiserrescript sich stützt, war die Hinzuziehung der instituirten **parentes et liberi**. Zu einer abgeleiteten c. t. sind sie nicht gelangt, sie sollten nur ein mittelbares, dem Vermächtniß ähnliches Recht haben, aber unter dieser Voraussetzung succedirten sie doch in ihren Virilttheil nach den allgemeinen bei der c. t. b. p. für die Auszahlung der Legate geltenden Regeln.

Es ist hiernach wohl am Platze, ein allgemeines Urtheil über das ganze Institut der c. t. abzugeben. Soll aber dies ein unpartheiisches sein, so müssen wir nicht mit einem den heutigen Verhältnissen entnommenen Maaßstabe messen; wir müssen den Werth des Instituts nach damaligen Zeiten, als es entstand, und nach den damaligen Verhältnissen beurtheilen. Für uns ist die c. t. ein völlig unpassendes Institut. Aber es giebt im Gebiete des Rechtes Vieles, was nicht aller Orten und zu allen Zeiten brauchbar, und dennoch uns die größte Achtung abnöthigen und höchst lehrreich sein kann. Dies scheint mir gerade von der c. t. b. p. gesagt werden zu dürfen.

Es war damals, im Anfange der Kaiserzeit, eine Uebergangsperiode. Das Erbrecht war bisher seinem Grundwesen nach vollkommen auf die Agnation gebaut gewesen, und dies wurzelte noch so tief im Rechtsbewußtsein der Römer, daß von ei-

ner Umstoßung gar nicht die Rede sein konnte. Aber es hatten sich schon Elemente festgesetzt, wonach auch die Cognation im Erbrechte zu berücksichtigen war; freilich noch nicht mit Hinwegräumung des Agnationsprincips, aber doch wenigstens als ein zweites selbständiges, gleichberechtigtes Princip. Es ist im vorhergehenden Kapitel hervorgehoben worden, daß die Klasse **unde cognati** nicht so sehr als Wirkung, sondern als Ursache aufzufassen ist, daß die Cognation sich im Römischen Erbrecht festgesetzt hat. Dieß mußte zunächst die Folge haben, daß jedenfalls ein früher bestandenes Agnationsverhältniß dem noch bestehenden nicht nachstehen solle, daß überhaupt auch innerhalb der Agnation die aus alter Zeit stammenden Unterschiede fortan mehr ausgeglichen wurden. Und das hat der Prätor in der **c. t. b. p.** gethan. Es hatte ferner die Cognation, gewiß erst seitdem ein **ordo unde cognati** bestand, auch darin Wurzel gefaßt, daß man den nächsten Cognaten, den **parentes et liberi**, neben dem bisher bloß auf die Agnation basirten formellen Notherbenrecht, ein eigenes materielles Notherbenrecht einräumte. Obgleich durch die Prätorische Cognatenklasse veranlaßt, hatte sich dies doch durch ein anderes Organ, die Centumvirn, zum practischen Recht gestaltet; aber wir haben gesehen, daß der Prätor das auswärts entstandene Rechtsinstitut auch wieder mit seinem eigenen Notherbenrechte organisch zu verbinden verstand [8]).

Noch aber konnte man durchaus nicht sagen, daß die Cognation auch nur gleichberechtigt neben der Agnation stehe. Dahin kam man erst durch das **SC. Orphitianum** und **Tertullianum**, und überhaupt ist es der natürliche Entwicklungsgang, daß wenn zwei Principien, ein altes und ein neues, in Collision und Kampf gerathen, selten am Ende ein ruhiger

---

8) Diese freiere nicht lediglich auf das Civilrecht, sondern mehr auf eine natürliche Anschauung gestützte Behandlung des Erbrechts spricht sich aus in fr. 7. pr. de bon. damn. (Paul.) — Quum r a t i o n a t u r a l i s, quasi lex quaedam tacita, liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in jure civili suorum heredum nomen eis indictum est, ac ne judicio quidem parentis, nisi meritis de causis, summoveri ab ea successione possunt etc.

Zustand der Gleichberechtigung herauskommt, sondern das eine ganz siegen, das andere ganz untergehen muß. Und so ist auch im Erbrechte das agnatische Recht untergegangen.

Jedenfalls aber sieht man aus diesen kurzen Andeutungen, daß die c. t. b. p. in einer größeren Rechtsentwickelung auf einer Zwischenstufe entstanden ist, auf der man unmöglich bleiben konnte, und daß sie, zu einer Zeit entstanden, wo die Agnation noch so feste Wurzeln hatte, unmöglich in einen Rechtszustand passen kann, wo ganz das Princip der Cognation an die Stelle getreten ist. Aber dies kann uns nicht hindern, für die Zeit ihrer Einführung das Lob auszusprechen, daß wir in ihr ein Product ausgezeichneter juristischer Kunst vor uns haben. Während die Grundlage des Instituts durchaus die Agnation ist, sind die cognatischen Elemente damit doch so fein verwebt worden, das bisher bestehende Civilrecht ist dabei, wo es nicht entschieden corrigirt werden sollte, so geschickt mit den neuen Prätorischen Bestimmungen ausgeglichen worden, und was die Hauptsache ist, das ganze Institut ist so durch und durch auf feste juristische Principien gebaut, die überall hervorleuchten, — daß der Betrachtende, der Genuß an wissenschaftlicher Schärfe hat, sich der Freude nicht erwehren kann. Das Institut, welches ein eigenthümlich abgeschlossenes Ganzes bildet, ist in der Blüthe der Jurisprudenz entstanden und ausgebildet worden, und die Thätigkeit der Römischen Juristen muß hier gewiß nicht bloß in der Commentirung des Gegebenen, sondern auch in der Ausdenkung und Construction des zu Gebenden gesucht werden.

VI. Das Edictum de conjungendis cum emancipato liberis.

§. 87. Den gesammten Kreis der zur c. t. b. p. gezogenen Personen haben wir im Bisherigen bereits kennen gelernt. Es ist daran noch eine eigenthümliche Verbesserung zu knüpfen, welche mit der Zeit sich als nöthig erwies, und von demselben Juristen herrührt, der auch die Herzuziehung der instituirten **conjunctae personae** veranlaßt hatte. Ich meine die **nova clausula** des Salvius Julianus, oder das **edictum de conjungendis cum emancipato liberis ejus.**

Es betrifft eine nothwendige Collision, in welche, seitdem die Emancipirten selbständig zur c. t. hinzugezogen waren, das Recht derselben mit dem der Accrescenzerben gerathen mußte. Wenn nämlich in der Gewalt befindliche **nepotes** mit einem Emancipirten concurriren, von dem sie nicht selbst abstammen, so hat freilich die Sache gar keine Schwierigkeit. Unser Edict aber betrifft den Fall, wie das schon in der Titelüberschrift liegt [1]), daß die **nepotes in potestate** die Kinder des emancipirten Sohnes sind. Wir müssen nun, ehe wir den Inhalt der **nova clausula** selbst kennen lernen, untersuchen, wie die c. t. b. p. vor derselben gestaltet gewesen sei.

Es besteht bei der c. t. der allgemeine aus dem Civilintestaterbrecht hergenommene Satz, daß, wenn in derselben **stirps** ein Näherer vorhanden ist, dadurch der Entferntere ausgeschlossen wird. Darnach konnte der **nepos**, auch wenn er emancipirt war, sich nicht auf das den Emancipirten ertheilte Recht berufen, so lange sein in der Gewalt des Großvaters zurückgebliebener Vater noch vorhanden war [2]). Und ebenso mußte der **nepos** ausgeschlossen sein, wenn er mit seinem Vater emancipirt worden war [3]). Diese beiden Fälle konnten von jeher gar kein Bedenken erregen. Wie aber in unserem Fall, wenn der **nepos in potestate** bleibt, sein Vater dagegen emancipirt wurde?

Im Anfange, als die c. t. nur den Accrescenzerben gegeben ward, war unzweifelhaft nur der **nepos** der Berufene. Als nun aber die Emancipirten hinzugezogen wurden, trat

---

1) D. XXXVII. 8. — »liberis e j u s.«

2) Fr. 4. §. 1. de b. p. c. t. — Si quis filium, quem in potestate habuit, instituerit heredem vel exheredaverit, et ex eo nepotem omiserit, b. possessioni locus non est, q u i a n o n e s s e t n e p o s s u u s h e r e s f u t u r u s. Eadem sunt et in s e q u e n t i b u s g r a d i b u s. Fr. 1. §. 6. de conjungendis. — Si pater in potestate manens exheredatus vel institutus sit, nepotem ex eo, s i v e i n p o t e s t a t e m a n e n t e m, s i v e e m a n c i p a t u m, ad bona avi neque vocari neque vocandum esse, Scaevola ait.

3) Fr. 6. §. 1. de b. p. c. t. — Quodsi et filium et nepotem emancipaverit, vivente quidem filio nepos non veniet, post mortem autem ejus ad b. p. avi veniet. vergl. auch §. 4. eod.

doch der Vater als selbständig Berechtigter vor seine Kinder, und mußte ihnen also nach der obigen Regel das bisher bestandene Recht der c. t. entziehen. Dies wird auch nicht bezweifelt, indeß ist neuerdings die Ansicht aufgestellt worden [4]), daß der Prätor ihnen wenigstens ihr civiles Accrescenzerbenrecht anerkannt habe. Aber auch dies muß ich läugnen.

Wenn man einmal zugiebt, daß der **nepos** durch seinen Vater von der c. t. b. p. vertrieben war, so muß man ihm auch alles Recht absprechen, denn das civile Accrescenzerbrecht ist nur gegen **scripti heredes** gerichtet. Diese aber waren durch die c. t. des Vaters hinweggeräumt, die **extranei** vollständig, die instituirten **liberi** waren mit in die c. t. hineingezogen. Es fehlten also ganz die Personen, welche das Civilrecht voraussetzt, und statt dessen nun die c. t. b. **possessores** an die Stelle setzen, das würde ja gerade heißen, der Prätor habe innerhalb der c. t. b. p. den Vater den **nepotes** nicht vorgesetzt, was doch aber, wie wir eben sagten, nothwendig geläugnet werden muß. Es war ja auch gar nicht anders möglich, als daß die Enkel vor ihrem Vater zurücktreten mußten. Letzterer wird, indem man ihm die c. t. giebt, als **suus** fingirt, und sobald diese Fiction einmal angenommen war, so trat denn auch von selbst die allgemeine Regel des civilen wie Prätorischen Rechtes ein, daß beim Vorhandensein desselben die ferneren Descendenten seiner **stirps** nicht in Betracht kommen (s. Note 2).

Ueberhaupt scheint mir erst durch die Annahme, daß die **nepotes** bisher vom Vater vollkommen ausgeschlossen wurden, die **nova clausula** des Julian verständlich zu werden. Wenn sie bisher ihr Accrescenzerbrecht geltend machten, so wäre ihnen jetzt dies, oft zu ihrem Nachtheil, entzogen worden, indem sie nur immer die auf den Vater fallende Portion theilen müssen. Wie sollte der Prätor auf diese eigenthümliche Rechtsänderung haben kommen können? Bei der umgekehrten Annahme dagegen ist Alles verständlich. Es war die **nova clausula**, wie es auch die Quellen auffassen, eine reine Begünstigung im Verhältniß zum bisherigen Recht. Man fand es

4) Foerster l. c. p. 269.

unbillig, daß der Sohn allein gerufen wurde, und die Enkel ausschloß (**hoc edictum aequissimum est, ut neque emancipatus solus veniat, et excludat nepotes in potestate manentes**), während man doch zu Gunsten der **nepotes** immer ihr civiles Accrescenzerbrecht anführen und es als Verkehrtheit betrachten konnte, daß dies vom Vater ganz ausgeschlossen werde (**neque nepotes jure potestatis objiciantur patri suo**) [5]). So ist es denn also gerade erst die **nova clausula**, welche ihnen ihr verlorenes Recht wieder herstellt. Dadurch eben sollte keine absolute Veränderung im bisherigen Vertheilungsmodus der **c. t. b. p.** eintreten. Vielmehr werden andere Personen als der Vater dadurch gar nicht beeinträchtigt, die Virilportionen werden ganz so wie bisher berechnet, und nur von dem auf den Vater fallenden Theil können nun die **nepotes** (gleichsam als von einem **extraneus**) [6]) die Hälfte mittelst der ihnen jetzt eingeräumten selbständigen **c. t. b. p.** verlangen. —

Nach diesen Vorbemerkungen haben wir die einzelnen Sätze der **nova clausula** genauer kennen zu lernen.

1. Der Anspruch der **nepotes** ist ein selbständiger, nicht etwa eine abgeleitete **c. t. b. p.**, oder ein den instituirten **conj. pers.** ähnliches Recht, oder gar bloß eine gegen den Vater gerichtete Klage. Es ist eine aus eigener Person erbetene **c. t. b. p.**, aber freilich dadurch von der des Vaters abhängig, daß ihr Gegenstand stets die Hälfte dessen beträgt, was der Vater durch seine **c. t. b. p.** nach dem bisherigem Rechte allein erhielt. Bekam also der Vater bisher die ganze

5) Fr. 1. §. 1. de conjung.

6) Das Vorbild, daß man den nepotes ein Recht auf die Hälfte der Portion einräumte, war gewiß ihr civiles Accrescenzerbrecht. Sie können dies gegen andere c. t. b. possessores nicht geltend machen, weil diesen gegenüber ihnen ihr eigener Vater als Haupt der stirps entgegen steht. Aber mit dem Vater selbst sollen sie als wie mit einem scriptus extraneus theilen. Freilich aber ist es nichts als ein Vorbild, damit nicht ferner die nepotes jure potestatis objiciantur patri suo. Dagegen kann man die nova clausula nicht als directe Wiederherstellung des civilen Accrescenzerbrechts auffassen, denn der Vater ist ja kein scriptus heres, wenigstens ist dies nicht die nothwendige und regelmäßige Voraussetzung.

Erbschaft, so gewannen die nepotes allerdings soviel, wie durch das alte Accrescenzerbrecht. Erhielt er, wegen der Concurrenz mit anderen liberi nur eine Portion, so erscheinen die nepotes jetzt gleichsam als conjuncti auf diesen Theil, den andern liberi können sie nichts entziehen [7]).

2. Die regelmäßige Voraussetzung des Edicts ist, daß beide, Sohn und Enkel, ihr Recht neben einander durch c. t. b. p. geltend machen. Es ist von Interesse zu sehen, wie der Prätor dies Nebeneinanderstehen Beider darstellt. Wir besitzen nämlich, wie wohl ganz unbedenklich angenommen werden kann [8]), im fr. 1. pr. de conjungendis die unverstümmelten Edictsworte, nur daß Ulpian die erste Person in die dritte, ebenso wie in fr. 1. pr. de Carb. ed., umgesetzt hat:

> **Si quis ex his, quibus bonorum possessionem Praetor pollicetur, in potestate parentis, quum moritur, non fuerit, ei liberisque quos in ejusdem familia habuit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit, neque notam exheredationis meruerunt, bonorum possessio ejus partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate mansisset, ita ut ex ea parte dimidiam, reliquam liberi ejus, hisque duntaxat bona sua conferat.**

Der Prätor hebt es ausdrücklich hervor, daß der Gegenstand dieser b. p. (es wird stillschweigend hinzugedacht: contra tabulas) die pars ist, welche der Sohn, wenn er wirklich in der Gewalt geblieben wäre, allein erhalten haben würde, und die er auch bisher in Folge der fingirten Suität in der That erhielt, trotz dem daß die hereditas suo nomine ad nepotes pertinebat. Eben diese Ungerechtigkeit soll ferner nicht mehr statt finden, so daß die nepotes, wie Ulpian sagt,

---

7) Fr. 1. §. 9. de conjung. Entgegenstehend ist nicht, wie wir gleich sehen werden, §. 3. eod. — Ueber den Fall, wenn auch pronepotes vorhanden sind, s. §. 7. eod. — Ueber ihr Accrescenzrecht s. fr. 12. pr. de b. p. c. t.

8) Dies bemerkt auch Förster. — Im §. 1. sagt Ulpian von dem pr. »hoc edictum aequissimum est.«

nicht mehr **jure potestatis objiciantur patri suo.** Bei ihnen macht indeß der Prätor die Einschränkung, daß sie nicht die **nota exheredationis** verdient haben dürfen [9]). Indessen ist nicht daran zu denken, daß hierin eine Hinweisung auf die beim Inofficiosität- und Pflichttheilsrechte geltenden Grundsätze liege. Bei dem formellen civilen und Prätorischen Nötherbenrechte ist gar kein Beweis, daß man **immerito** exheredirt sei, zulässig, also wenn der **paterfamilias** die Exheredation angeordnet hat, so erzeugt das eine durch Beweis gar nicht zu elidirende Präsumtion, daß der Testator seine guten Gründe dazu gehabt haben müsse, ebenso wie man umgekehrt annahm, wenn Jemand honorirt worden war, dies sei **ob meritum aliquod** geschehen [10]). Jene Worte **neque notam exheredationis meruerunt** heißen also nichts Anderes, als: „wenn sie nicht exheredirt worden sind“ [11]).

Hierin liegt nun, daß der Prätor den **nepotes** in zwei Fällen die **c. t. b. p.** verspricht, nämlich wenn sie präterirt und wenn sie instituirt sind. Im ersteren Fall haben sie sie aus eigener Person, im zweiten wird ihnen die abgeleitete **c. t.** gegeben [12]). Durch letztere können sie ihren Erbtheil allenfalls noch vergrößern, war aber umgekehrt ihr Institutionstheil größer als das nach der **nova clausula** ihnen Zukommende, so mußten sie sich den Abzug der Ueberschüsse gefallen lassen; und dieselben Regeln fanden auch Statt, wenn ihnen bloß ein Legat hinterlassen war, mit dem sie sich zufrieden erklärten [13]).

---

9) Die Exheredation mußte **nominatim** geschehen. **Fr. 5. pr. si tab. test. null.**

10) Fr. 9—11. pro socio.

11) So haben die Worte in dem bekannten fr. **13. de doli mali exc.** (s. meine Historia b. p. sec. tab. p. 62): — **Exheredatis liberis, qui nihil ex patris judicio meruerunt** — nicht den Sinn: „wenn Kinder aus einer wohlverdienten Ursache exheredirt sind,“ sondern: „wenn Kinder exheredirt sind, von denen man eben wegen ihrer Exheredation annimmt, daß sie Nichts verdient haben.“

12) Außer wenn sie **in adoptionem dati** sind, wo ihnen auch keine **graduum successio** zu Gute kommt. **fr. 13. §. 1. de b. p. c. t.**

13) **Fr. 18. u. 19. de legat. praest.** s. darüber **Cujacius ad Africanum. Tract. IV.**

3. Wenn es nun der Hauptgrundsatz der **nova clausula** war, die **nepotes** mit dem die **contra t. b. p.** nachsuchenden **filius** zu verbinden, so erklärt sich doch auch schon aus dem unter № 1 Gesagten, daß das Recht der **nepotes** nicht daran geknüpft werden konnte, ob ihr Vater die **b. p.** überhaupt agnosciren durfte oder wollte. Das Recht der **nepotes** sollte ein selbständiges sein. War daher auch der Vater exheredirt, so können die präterirten Enkel nichtsdestoweniger die **c. t.** nachsuchen, denn der **exheredatus** gilt hier **pro mortuo**[14]). Und ebenso mußten sie auch ihren Theil fordern dürfen, wenn ihr Vater instituirt war[15]), woraus es sich denn von selbst erklärt, daß sie dann nicht die Hälfte dessen fordern können, worein der Vater instituirt ist, sondern dessen, was er erlangt hätte, wenn er selbst die **c. t. b. p.** agnosciren dürfte.

Fr. 1. §. 3. de conjung. — Filio in potestate ex besse, emancipato ex triente herede instituto, Julianus ait, nepotem praeteritum petita contra tabu-

---

14) Fr. 25. pr. de legat. praest. fr. 1. §. 4. u. 5. de conjung. — Si pater emancipatus exheredatus sit, nepotibus ex eo praeteritis, qui erant in potestate retenti, admittuntur; absurdum enim est, quum patri praeterito jungantur, instituto vel exheredato non admitti. — Sed et si patruus eorum, qui erant in potestate, sit praeteritus, pater exheredatus, debent nepotes admitti (d. h. auch wenn sie instituirt sind, erhalten sie die abgeleitete c. t.); nam exheredatus pater eorum pro mortuo habetur. Die Frage ist, ob nun die nepotes den ganzen Erbtheil bekommen, oder ob troß der Exheredation des Sohns nur die Hälfte? Gerade weil dieser pro mortuo galt, scheint mir Ersteres das Richtige, und das findet darin Unterstützung, daß doch die nepotes, ehe die Emancipirten zur c. t. admittirt wurden, den vollen Anspruch auf die c. t., als Accrescenzerben, gehabt hatten. So konnte sich, als man nun den emancipatus ihnen vorgezogen hatte, vielleicht auch schon vor der nova clausula, dieser merkwürdige Satz bilden, daß im Fall der Exheredation der Sohn als nicht vorhanden anzusehen sei, und mithin ihrem Recht auf die c. t. als wahren Accrescenzerben nicht entgegenstehe. s. auch noch fr. 1. §. 8. de b. p. c. t.

15) Fr. 13. §. 2. de b. p. c. t.

las bonorum possessione patruo sextantem, patri unciam ablaturum.

4. Rücksichtlich der weiteren Sätze dieses Institutes, namentlich das eigenthümliche Collationsrecht und die Verpflichtung zur Prästirung der Legate, verweise ich auf die deutliche Darstellung der Quellen in fr. 1. §. 13. bis zu Ende des Titels de conjungendis cum emancipato liberis.

VII. Die Berücksichtigungsvorschriften der c. t. b. p.

§. 88. Alles Notherbenrecht zerfällt stets in zwei Fragen, erstlich wie die berechtigten Personen, die Notherben, zu berücksichtigen sind, und zweitens was die Wirkung ihrer Nichtberücksichtigung ist. Nach der ersten dieser beiden Fragen, (also nach den Ursachen) zerfällt das gesammte Notherbenrecht in zwei Haupttheile, das materielle, wonach die Berücksichtigungspflicht in der Hinterlassung eines materiellen Vermögensstückes (Pflichttheil) besteht, und das formelle, wonach dem Erblasser nur eine formelle Erwähnung des Notherben in Bezug auf die directe Universalsuccession, also entweder die Institution oder Exheredation obliegt. Bekanntlich gehören das alt-civile und das Prätorische Notherbenrecht in diese letztere Klasse, und wenn ich nun von der c. t. b. p. hier eine Darstellung hätte geben wollen, wie sie in einem Lehrbuche zu liefern ist, so würde die Frage von den formellen Berücksichtigungsvorschriften des Prätors gleich den ersten Platz in diesem Kapitel haben einnehmen müssen. Der Zweck unserer Untersuchung aber, und die bisherigen Beweisführungen werden es rechtfertigen, daß ich einen anderen Gang nehmen, und die Darstellung der zur c. t. berechtigten Personen gleich mit der Untersuchung über die Wirkungen ihres Notherbenrechtes verweben mußte. Nur nebenbei war bereits Einzelnes über die Berücksichtigungsvorschriften zu erwähnen. Jetzt aber ist die Frage in ihrer Gesammtheit zu überschauen.

Die c. t. b. p. legt also, wie das Civilrecht, dem Erblasser die Pflicht auf, seine liberi entweder zu instituiren oder zu exherediren [1]; fehlt eins von Beiden, so liegt eine

---

1) Fr. 3. §. 10. u. 11. fr. 8. pr. de b. p. c. t.

Präterition vor, deren Wirkungen auch an und für sich nicht durch Hinterlassung eines Vermächtnisses verhindert werden können, während allerdings die Annahme eines solchen Vermächtnisses von Seiten der Notherben die Berufung auf seine Präterition ausschließt. (§. 83. Note 6)[2]).

Diese alternative Pflicht der Institution oder Exheredation ist indessen noch genaueren Regeln unterworfen, und zwar von dreierlei Art. Wo sie am vollständigsten besteht, muß die Institution oder Exheredation **nominatim**, **pure** und für alle Grade angeordnet sein. Die Institution ist natürlich immer eine namentliche. In wie weit die Exheredation nach den Regeln der **c. t. b. p. nominatim** geschehen müsse, ist theils im Obigen bereits besprochen worden, theils können wir auf den genaueren Zusammenhang der Prätorischen Regeln mit denen des Civilrechts erst im folgenden Kapitel eingehen. Es bleiben uns also hier nur die andern beiden Punkte zu untersuchen übrig. Was wir hier gewinnen werden, bestätigt von Neuem unser obiges Resultat, daß die **c. t. b. p.** vorzugsweise ein Recht der Accrescenzerben war, und dadurch ihre Gestaltung erhalten hat, während die Emancipirten nur nebenbei hinzugezogen wurden, und die **filii** und **postumi sui** in das Gebiet der wahren **c. t.** gar nicht gehören.

1. Die bedingten Einsetzungen und Enterbungen. — Betrachten wir zuerst die Institutionen. Was neuerdings darüber gelehrt wird, scheint mir noch keineswegs richtig zu sein. Ich will es in den Worten des neusten Schriftstellers[3]) mittheilen. „In Ansehung der bedingten Erbeinsetzungen, sagt Mühlenbruch, weicht der Prätor von den Grund-

---

2) Fr. 27. §. 12. ad SC. Trebell. sagt nicht, daß der Präterirte, auch wenn er c. t. b. p. erbitte, (quamvis filius c. t. b. p. accipere possit) den heres zur Antretung der Erbschaft, und zur Restitution des Universalfideicommisses zwingen könne, sondern nur: der heres dürfe die Antretung nicht weigern, aus dem Grunde, weil dem filius die c. t. deferirt sei. Der Jurist setzt stillschweigend dabei voraus, daß, wenn der filius den heres zur Antretung auffordert, ihm damit sein Recht auf die c. t. verloren geht. — s. auch fr. 3. §. 15. de b. p. c. t.

3) Mühlenbruch a. a. O. S. 76. s. auch Bluntschli S. 74.

sätzen des Civilrechts ab. Die Einsetzung des **suus heres** darf bekanntlich nur unter einer reinen Potestativbedingung geschehen. Die c. t. b. p. ist aber dadurch noch keineswegs begründet, daß der Notherbe unter einer rein zufälligen oder vermischten Bedingung eingesetzt ist. Da nämlich der eingesetzte Erbe aus einem solchen Testamente eine sec. tab. b. p. erhalten kann, so muß er sie auch annehmen, wenn er Erbe werden will, wenigstens so lange die Bedingung noch schwebt."

Hierin ist sowohl die Darstellung des civilen als des Prätorischen Rechtes nicht richtig. Der angegebene Grundsatz des Civilrechts bezieht sich keineswegs auf alle **sui heredes**, sondern nur auf den **filius** und die **postumi** 4), also die, welche die nominelle c. t. b. p. haben. Der Prätorische Satz aber geht nur auf die, welchen die wahre c. t. zusteht, d. h. die Accrescenzerben und in Folge dessen auch die Emancipirten. Dieser Prätorische Satz ist aber gar nichts Neues, sondern lediglich die Anerkennung des für die Accrescenzerben schon geltenden Civilrechts. Also stehen beide Systeme hier gar nicht einander gegenüber, sondern ganz friedlich nebeneinander. Dies wird aus Folgendem hervorgehen.

Die Stellen, worin abgesehen von den **postumi** (s. Note 4) die Unzulässigkeit einer bedingten Institution erwähnt wird, reden lediglich vom **filius in potestate**. Die Römer bemessen diese Unzulässigkeit danach, ob die Erfüllung der Bedingung völlig in seiner Macht lag oder nicht. Die Hinzufügung einer solchen Potestativbedingung gilt als **pura institutio**, sobald nur der **filius** sie auch wirklich vor seinem Tode noch hat erfüllen können, denn sonst ist sie ja für ihn keine rein potestative gewesen, und das Testament des Vaters wird, wie bei jeder anderen Bedingung, mag sie casuell oder unmöglich oder unsittlich sein, vernichtet 5). Es wird aber

---

4) Bei den postumi ist nur die Eigenthümlichkeit, daß, da sie ja erst später erscheinen, eine schon vorher eingetretene Bedingung nicht schadet. fr. 22. de lib. et post.

5) Fr. 16. de lib. et post. (African.) — — ipse filius intestato patri heres existat, sicut evenire solet, quum sub ea conditione, quae in ipsius potestate erit, filius heres institutus,

in den angeführten Stellen ausdrücklich bemerkt, daß die Hinzufügung einer nicht potestativen Bedingung das Testament des Vaters infirmirt und die Intestatsuccession eintritt, und es ist nicht daran zu denken, daß der Prätor hievon abgegangen sei. Vielmehr giebt er dem Sohn, wie überhaupt, wenn derselbe präterirt ist, die nominelle sich ganz nach den Grundsätzen des Civilrechts richtende c. t. b. p.

Ganz anders aber ist es bei den Accrescenzerben. Für sie besteht im Civilrecht gerade die umgekehrte Regel, sie können unter einer Bedingung instituirt werden.

> **Fr. 4. pr. de her. inst. — Suus quoque heres sub conditione institui potest, sed excipiendus est filius, quia non sub omni conditione institui potest; et quidem sub ea conditione, quae est in potestate ipsius, potest, de hoc enim inter omnes constat** [5a]).

Also für die **sui**, außer dem **filius**, d. h. die Accrescenzerben, gilt auch eine Einsetzung unter einer casuellen Bedingung. Es ist mithin offenbar schon nach Civilrecht auf den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung zu sehen. Einstweilen gelten sie als **scripti heredes**, und wenn die Bedingung erfüllt wurde, so blieb das auch völlig unverändert. Nur wenn sie wegfiel, so waren sie ja nun nicht instituirt, und es trat ihr Accrescenzerbrecht ein, wonach sie als fingirt **scripti heredes** gelten. Der Prätor führte aber die **c. t.**

---

priusquam ei pareret moriatur Fr. 15. de cond. inst. — Filius, qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmat patris, ac si condito non esset in ejus potestate. fr. 28. eod. Alles wird hier also lediglich nach dem Gesichtspunkte beurtheilt, ob die conditio in potestate des filius sei oder nicht, und in letzterem Fall ist der Sohn nicht recht instituirt, wenn auch bei anderen Personen eine solche Bedingung (wie die unmöglichen und unsittlichen) als non scripta angesehen wird. (Uebrigens waren in Bezug auf die potestativen nicht erfüllten Bedingungen die Juristen verschiedener Meinung. fr. 4. pr. de her. inst.)

5a) S. auch fr. 1. §. 8. de suis et legit. — »si filius ex asse sub conditione, quae fuit in arbitrio ipsius, vel nepos sub omni institutus.«

b. p. zur Verbesserung ihres Accrescenzerbrechtes ein, also verstand es sich von selbst, daß nur wo Letzteres eintrat, auch jene gegeben wurde. Es ist ganz derselbe Satz, wenn der Prätor ihnen im Anfang **sec. tab. bon. poss.** giebt, diese aber beim Wegfallen der Bedingung als eine **c. t.** gelten läßt, deren Frist ja schon abgelaufen war, als die **sec. tab.** agnoscirt wurde.

Dieser vom civilen Recht der Accrescenzerben entnommene Satz wurde dann erklärlicher Weise ganz unverändert auf die **emancipati** übertragen, während er, wenn die **c. t.** für die Emancipirten eingeführt wäre, sich wohl nie würde gebildet haben. Von dem Emancipirten handeln nun aber, in Folge der **l. 4. C. de lib. praeter.**, lediglich die uns aufbewahrten Pandektenfragmente:

> **Fr. 3. §. 13. de b. p. c. t. — Si sub ea conditione filius emancipatus heres sit institutus, quae in ipsius potestate non est; quia scriptus heres est, b. p. sec. tab. accipere potest et debet, nec c. t. potest; et si forte defecerit conditio, tuendus erit a Praetore in tantum, quantum ferret, si c. t. b. p. accepisset** [6]**.**

---

6) **Fr. 3. §. 12. eod.** wird mit Recht von dem Falle erklärt, wenn die Bedingung schon vor der Agnition irgend einer **b. p.** weggefallen war. Mühlenbruch a. a. O. S. 77. Denselben Sinn haben die Worte in **fr. 8. §. 5. eod.** — **Sed et si defecerit conditio institutionis, adhuc tantundem dicit, praeteritum ab eo gradu filium c. t. b. p. petiturum**, d. h. wenn die Bedingung der Institution weggefallen ist, so erscheint nun der **filius** als präterirt, und kann die **b. p.** nachsuchen. — Auch **fr. 5. pr. de b. p. sec. tab.** erregt keine Schwierigkeiten. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Wenn man das **attamen** in der Mitte des Satzes hart findet (s. übrigens z. B. **fr. 17. de inj. rupto. fr. 12. pr. eod.**), so könnte man auch durch Veränderung des **nam** in: **jam** helfen. Danach würde so interpungirt werden: **utputa si filius emancipatus sit sub conditione heres institutus, jam si** „und nun," ebenso wie man auch **jam ut** gebraucht) **defecerit conditio. Attamen etc.** Dabei setze ich freilich voraus, daß: **si**, und nicht: **etsi** die richtige Lesart sei.

Das Resultat des Gesagten ist, daß die Regel über bedingte Einsetzungen, welche wir im Prätorischen Rechte, aber gar nicht als eine originelle, finden, sich lediglich auf die Prätorischen, nicht aber die civilen Notherben bezieht. Und dem steht auch das oft besprochene fr. 2. §. 1. de b. p. sec. tab. durchaus nicht entgegen.

Si sub conditione heres institutus filius sit, Julianus peraeque putavit, secundum tabulas competere ei, quasi scripto, bonorum possessionem, qualisqualis conditio sit, etiamsi haec: si navis ex Asia venerit. Et quamvis defecerit conditio, Praetor tamen filium, qui admiserit secundum tabulas, tueri debebit, ac si contra tabulas acceperit: quae tuitio ei, qui emancipatus est, necessaria est.

Man könnte aus dieser Stelle folgendermaßen argumentiren: Ulpian spreche hier allgemein vom filius, also vom suus so gut, wie vom emancipatus. Mithin wurde auch Ersterem die b. p. zuerst secundum tabulas gegeben, und dann mit Wegfallen der Bedingung als eine c. t. behandelt, indeß sei dem suus diese c. t. nur eine utilis, während sie dem emancipatus necessaria sei. — Aber diese Schlußfolgerung, wenn auch an sich möglich, müßte, um richtig zu sein, mit den übrigen Aussprüchen der Quellen übereinstimmen und daraus bewiesen werden können, oder es müßte dies die einzig denkbare Schlußfolgerung sein, welche die Stelle zuließe. Keins von Beidem ist aber der Fall. Ersteres nicht, denn wir haben eben gesehen, daß, wenn der filius suus unter einer casuellen Bedingung eingesetzt ist, dies der Präterition gleich, also das Testament für völlig nichtig gilt und die Intestatsuccession eintritt. Da wir aber so entschieden wissen, daß der Prätor dem präterirten Haussohn in der nominellen c. t. sein Civilrecht vollkommen anerkannt habe, und da nicht der geringste Grund und Beweis vorliegt, hier sei eine besondere Ausnahme von der allgemeinen Regel gemacht worden, so bleiben wir eben einfach bei der letzteren. Wenn ein Haussohn unter einer anderen als einer Potestativbedingung eingesetzt ist, so macht er dadurch, wie die Quellen so ganz entschieden und

oft aussprechen, seinen Vater zum **intestatus**, er hat also gleich die **b. p. unde liberi**, und der Prätor kann ihn unmöglich zwingen, einstweilen, so lange die Bedingung noch schwebt, **secundum tabulas** zu agnosciren [7]).

Ferner aber zwingt uns auch unsere Stelle in keiner Weise zu der angegebenen Schlußfolgerung. Es ist gar nicht nöthig anzunehmen, daß zuerst allgemein von allen **filii** die Rede war, und zuletzt nur noch der **emancipatus** besonders hervorgehoben wird. Die Römischen Juristen sprechen sehr häufig von einem **filius**, und erst hinterdrein sieht man, daß sie lediglich einen **emancipatus** im Sinn hatten [8]). So wird auch Julian nur von dem Letzteren gesprochen haben, und wenn dann Ulpian dies am Ende der Stelle noch besonders hervorhebt, so liegt darin allerdings eine Hindeutung auf das entgegengesetzte Recht des **filius suus**, aber in ganz anderer Weise. Die Römer kennen nämlich gar nicht den in neueren Zeiten so beliebten Gegensatz von **b. p. necessaria** und **utilis**. Wenn daher Ulpian hier sagt, die Schützung des **sec. t. b. possessor** als **c. t. b. possessor** sei nothwendig, so heißt das nur, der **emancipatus** würde, wenn das nicht geschähe, auf unbillige Weise von der Erbschaft entfernt werden. Für den **filius suus** ist daraus nur der Rückschluß zu ziehen, bei ihm sei die ganze Sache nicht nöthig, da er andere Wege hat, zur Erbschaft zu gelangen [9]). Es folgt also gar nicht, daß Ulpian den unter

7) Der ganze Grund, auf den sich der Jurist in jenem fr. 3. §. 13. cit. stützt, paßt denn auch in keinerlei Weise auf den Haussohn: quia scriptus heres est, (das Testament ist ja ungültig, also ist er nicht testamentarischer Civilerbe) **b. p. sec. tabulas accipere potest et debet**. (Aus einem von vorn herein ungültigen Testament wird auch keine **sec. tab.** gegeben, es kann also Niemand dazu nun gar dennoch verpflichtet sein.) Dagegen für Accrescenzerben und Emancipirte paßt Alles vollkommen. Und der Jurist hebt auch ausdrücklich Beide hervor, indem er zu dem §. 13, worin vom emancipatus die Rede ist, gleich hinzusetzt §. **14**: **Sed etsi nepos sub hujusmodi conditione scriptus sit heres, idem erit dicendum.**

8) Z. B. fr. **2. de exc. rei jud.** Es erklärt sich dies leicht daraus, daß so häufig die Fragmente aus dem ursprünglichen Zusammenhange gerissen wurden.

9) Ganz ähnlich wie in dem §. 76. erklärten fr. 4. §. 3. de c. t. b. p.

einer Bedingung eingesetzten fil. suus hier als secundum tab. b. possessor voraussetzte. Da er gleich von vorn herein die hered. aditio ab intest. [10]) oder die b. p. unde liberi erwählen kann, so bleiben dem gegenüber Ulpians Worte ebenso wahr, wenn er vom emancipatus sagt, daß ihm, da er gezwungen ist, die sec. tab. zu agnosciren (Note 7.), jener Prätorische Schutz ein nothwendiger sei.

Indessen können wir auch gern zugeben, daß Ulpian sich den filius suus als sec. tab. b. possessor gedacht habe. Wenn freilich das Testament nach strengem Recht ungültig ist, so war doch kein Bedenken, daß, sobald er sich als testamentarischen Erben ansehen will, der Prätor ihn von der sec. tab. nicht zurücktreibt [11]). Wir werden nachher sehen, daß den Sohn hiezu ein besonderes Interesse treiben konnte. Jedenfalls besteht der Unterschied, daß der emancipatus, so lange die Bedingung schwebt, die sec. tab. agnosciren muß, während es beim suus nur dessen freier Wille ist. Auch unter dieser Voraussetzung passen aber Ulpians Worte vollkommen. Der suus gilt dauernd als testamentarischer Erbe, sobald die Bedingung eintritt, fällt sie aber weg, so kann er entschieden noch sein Notherbenrecht geltend machen, auf welches er ja nur zu Gunsten des Testaments verzichtet hatte. Aber nun braucht ihm seine sec. tab. nicht als c. t. angesehen zu werden, denn er kann unter der her. aditio oder b. p. unde liberi wählen. Also nur für den emancipatus, dem die Frist der c. t. verstrichen war, ist jene eigenthümliche tuitio Praetoris necessaria.

§. 89. Der hiermit gewonnene Satz, daß man bei der Frage über die bedingten Einsetzungen genau die civilen und Prätorischen Notherben zu scheiden habe, wird nun noch voll-

10) Dies bestätigt entschieden l. 4. C. de instit. et subst. (v. Alexander im Jahr 225.).

11) Läßt doch der Prätor, wenn der fil. suus praeteritus abstinirt, die fremden Eingesetzten zur sec. tab. b. p. (fr. 17. de inj. rupt. — licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur), wie viel mehr wird er ihn selbst nicht zurückgewiesen haben.

ständig bestätigt durch ein Fragment, das schon im vorigen § beiläufig (Note 6.) erwähnt wurde, aber zu wichtig scheint, als daß ich hier nicht noch eine vollständigere Interpretation desselben geben müßte.

> **Fr. 5. de b. p. sec. tab. (Ulp.) — Si sub conditione heres quis institutus sit, et accepta bonorum possessione secundum tabulas conditio defecerit, interdum evenit ut res possessori concedenda sit,**

d. h. trotz dem, daß mit dem Wegfallen der Bedingung an und für sich auch die **b. p. deficit**, oder als **non data** erscheinen müßte, so bleibt dennoch das Vermögen beim **b. possessor**, also er behält eine **b. p. cum re**;

> **utputa si filius emancipatus sit sub conditione heres institutus; nam et si defecerit conditio, attamen secundum tabulas bon. possessionem cum accipere Julianus scribit.**

Mag man hier interpungiren wie man will, so ist jedenfalls der Sinn derselbe, als in dem den Julian ebenfalls citirenden **fr. 2. §. 1. de b. p. s. t.** Es wird dem **emancipatus**, obgleich die Möglichkeit vorhanden ist, die Bedingung werde deficiren, stets eine **sec. tab. b. p.** gegeben, und diese ist immer **cum re**, indem sie, wenn die Bedingung wegfällt, als eine **c. t.** angesehen wird. — Aber Ulpian fährt folgendermaßen fort:

> **Sed si is fuerit, qui ab intestato bonorum possessor futurus esset, tuendum esse scripsit, et hoc jure utimur.**

Ulpian setzt hier dem **filius emancipatus** denjenigen entgegen, welcher nach dem Wegfallen der Bedingung eine **b. p. ab intestato** agnosciren würde. Er kann damit Niemanden anders meinen, als einen **filius** oder **postumus suus**, welche ja schon gleich anfangs die Intestatsuccession, sobald sie unter einer nicht-potestativen Bedingung eingesetzt sind, eröffnen konnten. Wenn sie sich auch einstweilen dieses Rechtes durch Agnition der **sec. tab. b. p.** begeben haben (aus welchem Grunde, werden wir gleich sehen), so müssen sie es doch nun jedenfalls mit dem Wegfallen der Bedingung geltend machen dürfen. Beide also, der **filius emancipatus** wie der

filius suus, nimmt Ulpian an, erhalten mit der agnoscirten sec. tab. sogleich eine b. p. cum re (res eis concedenda est), und brauchen keine weitere b. p. mehr zu agnosciren; der emancipatus, weil seine sec. tab. als contra tab. fingirt wird, und er letztere ja gar nicht mehr erbitten kann; der suus, weil er doch gleich die b. p. unde liberi agnosciren würde, und eine solche bloß formelle Wiederholung der Agnition nicht nöthig ist. Da aber die erbetene b. p. jetzt auf ganz anderen Voraussetzungen als auf der testamentarischen Institution ruht, so muß auch das ganze Schicksal der Succession ein anderes werden, als wenn es eine wahre sec. tab. geblieben wäre. Und das erörtert Ulpian im Folgenden:

> Videndum an legata ab eis debeantur? Et filius quidem, quasi contra tab. b. possessione accepta rem habere videtur, ceteri vero quasi ab intestato.

Unter dem filius ist offenbar der emancipatus, von dem schon bisher die Rede war, verstanden; und ihm soll, wie ja Ulpian auch in dem oben erörterten fr. 2. §. 1. de b. p. sec. tab. sagt, die agnoscirte b. p. als eine c. t. gelten; dagegen unter den ceteri, für welche sie als eine b. p. ab intestato erscheint, müssen nothwendig die verstanden werden, welche Ulpian vorher als ii, qui ab intestato bon. possessores futuri essent, bezeichnet hat, d. h. der filius und die postumi sui. Ulpians Ansicht ist also, daß die, welche wegen ihrer bedingten Institution sogleich Intestaterbfolge hätten eröffnen können, aber doch sec. tab. agnoscirten, nun wenigstens mit dem Wegfallen der Bedingung nach den Regeln der b. p. unde liberi, ohne nochmalige Agnition, succediren. Sie brauchen also gar keine Legate zu bezahlen, während der emancipatus nach den Regeln der c. t. die conjunctae personae befriedigen muß:

> et ideo liberis parentibusque legata relicta solis praestare cogetur, ceteris non.

Mir scheint diese Lesart verderbt, da der Zusatz ceteris non gänzlich überflüssig sein würde, indem vorher schon durch solis vollkommen dasselbe gesagt ist. Dagegen fehlt offenbar die Entscheidung, wie in dem dem Emancipatus entgegengesetzten

Falle die Legate zu prästiren seien, während doch der Jurist untersuchen will, wie es sich in beiden Fällen mit den Legaten verhalte (videndum an legata ab eis debeantur). Man kann daher wohl ziemlich unbedenklich das ceteris in ceteri verwandeln, so daß nun hier derselbe Gegensatz zwischen dem filius und den ceteri, wie im voraufgehenden Satze, hergestellt ist.

Zuletzt folgt nur noch ein Punkt, in welchem der filius und die ceteri sich wiederum gleichstehen; nämlich ein für den Fall der Intestatsuccession hinterlassenes Fideicommiß muß von Beiden in jedem Falle prästirt werden:

> **Plane ei cui ab intestato fideicommissum relictum est; erit praestandum, quasi videatur hoc ipso fraudatus, quod ex testamento petita sit b. p.**

Die ganze Stelle ist aus Ulpians Disputationen, es wird also ein Fall aus dem Leben gerade über ein solches Intestatfideicommiß die ganze Erörterung hervorgerufen haben. Ulpian schließt nun mit der aus dem Bisherigen sich von selbst ergebenden Antwort, daß dasselbe jedenfalls gezahlt werden müsse. — Zugleich dient uns dieser Schluß zur Erklärung, aus welchem Grunde ein **filius suus**, wenn er gleich **ab intestato** succediren konnte, es aus eigenem Interesse vorzog, die **sec. tab.** zu agnosciren. Er hoffte dadurch dem Intestatfideicommiß zu entgehen. Aber Ulpian erklärt sich um so mehr dagegen, weil darin eine **fraus** gegen den Honorirten liege.

§. 90. Soviel von den bedingten Institutionen. Haben wir bei diesen gefunden, daß der Prätor sich ganz an die Regeln des Civilrechts angelehnt habe, so ist es schon dadurch wahrscheinlich, daß er es auch bei den Exheredationen ebenso gemacht haben werde. Gewißheit hiefür läßt sich freilich aus den Quellen nicht entnehmen, wohl aber doch mancherlei Hindeutungen, und jedenfalls findet sich durchaus nichts dieser Annahme Widersprechendes.

Daß der **filius in potestate**, dem auch die **postumi** wieder gleichstehen, unter einer Bedingung ebensowenig exheredirt wie instituirt werden kann, versteht sich von selbst, und wird

auch durch die Quellen ausdrücklich bestätigt[1]). Wie es aber mit den Accrescenzerben nach Civilrecht stand, wissen wir nicht, und so erhebt sich die Frage, ob bei ihnen die Exheredation ebenso wie die Institution behandelt wurde, oder nicht.

Ich glaube das Letztere, also auch schon nach Civilrecht konnten, scheint mir, die Accrescenzerben nicht unter einer Bedingung exheredirt werden. Aus folgenden Gründen:

Zuerst ergiebt schon das Wesen des Accrescenzerbrechts, daß man die Exheredation der Institution nicht gleichstellen konnte. Es ruht auf der Fiction des Instituirtseins. Deßhalb mußte man, wenn der Accrescenzerbe wirklich, aber unter einer Bedingung, instituirt war, doch nothwendig sagen, daß, so lange nicht die Bedingung wegfalle, er wahrhaft als **institutus** gelte, und erst, wo die Wirklichkeit zusammenfalle, die Fiction an die Stelle treten könne. Dagegen bei einer bedingten Exheredation hätte man entweder sagen müssen, das Accrescenzerbrecht sei noch einstweilen ganz suspendirt, und und trete erst mit dem Wegfallen jener Bedingung ein; oder man mußte es umgekehrt einstweilen gleich gelten dann aber später mit dem Eintreten der Bedingung wieder wegfallen lassen. Der allgemeine Gesichtspunkt aber, daß das Notherbenrecht wo möglich auf das **mortis tempus** zu reduciren ist, führte dazu, daß man das Letztere wählte, also den Accrescenzerben, da er doch nicht entschieden exheredirt war, sogleich als fingirten **scriptus heres** annahm. That man aber dies, so hatte nun die der Exheredation hinzugefügte Bedingung für ihn den Charakter der Resolutivbedingung, der man nach bekannten Grundsätzen keine Wirkung einer späteren Hinwegräumung des Erben zugestehen konnte.

Was hiernach sich schon sehr einfach aus dem Wesen des Accrescenzerbrechtes entwickelte, stimmte vollkommen überein mit einem allgemeinen Princip, welches die Römer enschieden bei den Exheredationen im Gegensatz der Institution befolgten. Es wird uns dies in **fr. 19. de lib. et post.**, wenngleich darin vom **filius exheredatus** die Rede ist, doch als eine offenbar nicht bloß bei diesem befolgte Regel mitgetheilt:

---

1) **Fr. 3. §. 1. de lib. et post.**

(Scaevola) in disputando adjiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse jussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adjuvandae.

Der allgemeine favor testamentorum führte darauf, daß allerdings der Accrescenzerbe, wenn er instituirt wurde, einstweilen sich, bis die Bedingung wegfalle, lediglich auf die Institution berufen solle. Dagegen Exheredationen sind nicht zu begünstigen, der Testator soll wenigstens klar und ohne Unbestimmtheiten die Ausschließung, die er freilich anordnen darf, aussprechen. Danach mußte eine bedingte Exheredation der völligen Präterition gleich geachtet werden.

Ganz dasselbe Princip aber ist es, worauf wir im Prätorischen Recht die Regel gestützt finden.

Fr. 18. de b. p. c. t. — Sed sub conditione exheredatus c. t. b. p. petet, licet sub conditione heres institutus a c. t. b. p. excludatur [2]), certo enim judicio liberi a parentum successione removendi sunt.

Hiemit ist offenbar ganz dasselbe gesagt, als was Scävola in der vorhergehenden Stelle ausspricht, und so können wir denn auch annehmen, daß der Prätor ebenso wie bei den Ein-

2) Hermogonian will damit nicht sagen, daß ein sub conditione Instituirter gar nicht zur c. t. gelangen könne, denn wenn die Bedingung schon weggefallen war, so konnte jene ja gleich agnoscirt werden, fiel sie aber erst später weg, so wurde die sec. tab. als contra tab. behandelt. — Der Jurist will nur, wie auch in jenem fr. 19. geschieht, die beiden verschiedenen Grundsätze, die also gleichmäßig das civile wie das Prätorische Recht anerkennt, einander gegenüber stellen: daß eine bedingte Institution einstweilen als wahre Institution gilt, während eine bedingte Exheredation überhaupt gar keine Exheredation ist. — Deßhalb ist es auch wohl richtiger, wie Mühlenbruch S. 84. gegen Francke S. 131. bemerkt, daß, wenn die Bedingung auch noch bei Lebzeiten des Erblassers eingetreten war, die Exheredation dadurch nichts an Kraft gewann. Es kommt nicht auf den Effect an, sondern der Grund ist die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung, die der Testator sich nicht zu Schulden kommen lassen darf.

setzungen, so auch bei den bedingten Enterbungen seine Grundsätze unverändert aus dem civilen Rechte der Accrescenzerben geschöpft habe.

§. 91. — 2. Die Berücksichtigung der Notherben in allen Graden. Wenn der Testator in seinem Testamente mehre Grade hintereinander gestellt hat, so muß nach einem bekannten Satze des Civilrechts, den auch der Prätor entschieden befolgt [1]), der Notherbe in jedem derselben gehörig berücksichtigt, also entweder instituirt oder exheredirt werden. Daher kommt es bei der **c. t. b. p.** immer darauf an, aus welchem Grade die testamentarische Erbschaft deferirt werde, indem es nach der in diesem enthaltenen oder nicht enthaltenen Präterition sich richtet, ob die **c. t.** begründet sei oder nicht.

Dies ist aber doch nicht ganz so einfach, wie es auf den ersten Blick scheint. Wir wollen zuerst sehen, was aus den bisher nachgewiesenen Principien der **c. t.** mit Consequenz folgt, wir werden aber alsdann finden, daß dies auch durch die Aussprüche der Quellen vollkommen bestätigt wird.

Die **c. t.** setzt ein gültiges Testament voraus. Dies heißt aber nicht bloß soviel, daß kein Mangel der **testamentifactio**, kein Formfehler, keine spätere **cap. dim.** des Testators oder Errichtung eines neuen Testamentes vorliegen dürfe. Durch die Nichtantretung von Seiten des **scriptus heres** wird das Testament ebenfalls ungültig, also giebt es dann auch keine **c. t. b. p.** gegen dasselbe. Ich habe nun die Bedeutung der **her. aditio** des **scriptus (extraneus)** für die **c. t.** oben schon untersucht (§. 83. am Ende); es ist durchaus nicht nöthig, daß sie schon vorliege, aber sie muß möglich sein, ist aber, so lange diese Möglichkeit vorlag, die **c. t.** einmal agnoscirt, so kommt es nun auf die wirkliche Vornahme derselben gar nicht mehr an, einerlei, ob die **heredes** nicht weiter antreten wollten, oder auch sogar nicht konnten.

Wenden wir diese Sätze auf ein Testament an, welches mehre Grade enthält, deren jeder ja gewissermaßen ein eigenes Testament bildet. Offenbar nämlich muß alles Gesagte nun

---

1) Fr. 8. §. 1. 3. u. 4. de b. p. c. t.

auch für jeden einzelnen Grad gelten, und mithin wäre es keineswegs genügend, wenn wir sagen wollten, es gehöre zur Agnition der c. t., daß der Notherbe von dem fraglichen Grade, dem kein früherer mehr entgegensteht, präterirt sei. Wir haben noch das zweite Erforderniß hinzuzufügen, und es im vollen Sinn der Worte zu verstehen, daß aus diesem Grade den Instituirten wirklich die hereditas deferirt sein müsse, oder was dasselbe sagen will [2]), daß die Möglichkeit der Acquisition von Seiten des scriptus vorliege. Und zwar ist hiefür auf die Zeit zu sehen, wo nach allgemeinen Regeln die Delation geschieht, also beim ersten Grade das mortis tempus, bei den folgenden das Wegfallen des vorher berufenen Grades.

Wenn daher zu dieser Zeit die zu berufenden Eingesetzten nicht mehr vorhanden sind, so kann keine c. t. erbeten werden, denn es ist auch die testamentarische Succession unmöglich. Dagegen wenn sie zur Delationszeit, also beim ersten Grade mortis tempore, existirten [3]), so wird dadurch die c. t., die ja nicht gegen die Person der heredes, sondern contra ipsum testamentum oder contra lignum gerichtet ist, vollkommen begründet, und es kommt auf den späteren Tod, oder sonstiges Nichtkönnen oder Nichtwollen nicht weiter an. Die c. t. hat einmal Boden gefaßt, und damit die testamentarische Succession aus dem Wege geräumt. Dies bestätigt nun auch vollkommen:

> Fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. (Ulp.). — A primo gradu praeteritus est filius, a secundo exheredatus; si in primo gradu scripti non sint in rebus humanis mortis tempore testatoris, dicendum est, c. t. b. p. praeteritum petere non posse; hereditas enim in secundo gradu versatur, non in primo, ex quo neque adiri hereditas, neque bonorum possessio peti potest. Sed si post mortem testatoris de-

2) Fr. 151. de V. S. — Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi.

3) Natürlich auch unter der ferneren Voraussetzung, daß das Testament oder der einzelne Grad nicht aus anderen Gründen nichtig ist.

cesserint heredes scripti, idem Marcellus putat, c. t. b. p. semel natam competere. Sed etsi defecerit conditio institutionis, adhuc tantundem dicit, praeteritum ab eo gradu filium c. t. b. p. petiturum. Idem scribit etsi postumus, qui institutus fuit (man muß annehmen ex asse), non fuerit natus, nam adhuc c. t. b. p. competere Marcellus ait.

Es werden hier drei verschiedene Beispiele (Tod der Instituirten, Wegfallen der Bedingung, Nichterscheinen des Postumus) aufgezählt, daß eine spätere Unmöglichkeit der her. ad. eintrat, aber die einmal nata b. p. dadurch ebenso wenig, wie durch die Repudiation der heredes afficirt wird.

Sobald nun die c. t. einmal Platz gegriffen hat, so werden damit natürlich auch alle folgenden Grade removirt, aber an und für sich tritt der b. possessor doch nur an die Stelle des einen Grades, gegen den die b. p. gerichtet ist; wonach denn auch sich entscheidet, daß er regelmäßig nur die bei diesem Grade an conjunctae pers. aufgelegten Legate zu zahlen hat [4]). Also jedenfalls braucht er nicht die Legate aus einem vorhergehenden ungültigen Grade zu prästiren, z. B. wenn die instituti des ersten Grades mortis tempore nicht mehr leben, wohl aber die des zweiten Grades, so hat der von beiden Graden präterirte emancipatus die Legate des zweiten Grades zu zahlen, weil überhaupt seine c. t. gegen diesen gerichtet ist [5]).

---

4) Fr. 10. §. 2. de legat. praest. — Non omnia, quae ab omnibus gradibus relicta sunt, legata praestare eum oportet, qui c. t. petit, sed ea sola, quae in eo gradu data sunt, contra quem bon. possessionem accepit.

5) Fr. 10. cit. — ait Julianus (si quidem aliquis ex primo gradu vivit, ea legata praestabit, quae liberis et parentibus a primo gradu data sunt); si vero nemo vivit eorum, ea quae a sequenti. Diese letzten Worte müssen augenscheinlich wohl so, wie im Text angegeben ist, interpretirt werden, obgleich der Zusammenhang der Stelle zuerst auf etwas Anderes führt. Ulpian sagt nämlich vorher, er wolle zeigen, daß zuweilen aus verschiedenen Graden die c. t. erbeten, und die Legate prästirt würden; und nun citirt er den Julian, der, abgesehen von den eingeklammerten Worten, drei Fälle unterscheidet, erstlich, wenn keiner aus dem ersten Grade

Diese Legate aber, die auf dem Grade lasten, durch welchen die c. t. begründet ist, müssen bezahlt werden, mögen die scripti heredes die her. aditio vornehmen oder unterlassen [6]), denn nach Agnition der c. t. kommt es ja auf den Civilerben gar nicht mehr an. Und daraus folgt auch, daß hieran nichts verändert wird, selbst wenn nach Ausschlagung des ersten Grades, welcher die Ursache der c. t. ist, die Erben des zweiten Grades die her. ad. vorgenommen haben [7]). Wir können also überhaupt sagen, das Nichtwollen der Antretung von Seiten der scripti heredes verändert an der Verpflichtung zur Legatenzahlung nichts. Anders aber behandelten die Römer das spätere Nichtkönnen, also solche Fälle, wovon in dem eben erörterten fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. drei Beispiele angegeben sind. Wenn gleich in diesen Fällen die semel nata b. p. an sich nicht afficirt wird, so verändert sich doch ganz die Legatenzahlung; die spätere Unmöglichkeit der Antretung wirkt noch soweit ein, daß die auf diesen Grad gelegten Legate auch an die conjunctae personae ungültig werden, denn was für die Person des Eingesetzten gar keine Möglichkeit der Geltung hat, dazu kann auch der c. t. b. possessor nicht verpflichtet sein [8]). Diese wichtige Einschränkung der für conj. pers. conservirten Legate haben wir bei der obigen Darstellung ihres Rechtes einstweilen übergehen müssen (s. §. 84. Note 1.); sie wird uns für zwei von den in fr. 8. §. 5. cit. angeführten Beispielen ausdrücklich bestätigt, nämlich wenn die Instituirten später gestorben sind, und wenn die

---

(dies sind die eben angeführten Worte), zweitens Keiner aus beiden Graden lebt, (dann werden gar keine Legate prästirt. S. §. 83. Note 13.). Offenbar enthalten nun diese beiden Fälle noch gar nicht das, was Ulpian zeigen will. Er führt sie nur zur Vergleichung mit dem dritten Falle an, der, wie wir gleich sehen werden (Note 9.), wirklich das enthält, was Ulpian vorher ankündigt.

6) Fr. 11. eod.

7) Fr. 12. eod. (Ulp.) — sive autem omiserint instituti, sive non omiserint, dicendum est, legata quae ab ipsis relicta sunt, praestanda, quamvis secundo gradu instituti, omittentibus iis, adierint hereditatem.

8) Fr. 3. §. 7. de legat. praest. — Ea autem legata sola praestant, qui c. t. b. p. accipiunt, quae utiliter data sunt.

Bedingung ihrer Institution hinwegfällt [9]). Wir können also nicht wohl zweifeln, daß überhaupt alle Fälle der späteren Unmöglichkeit der Antretung hieher gehören, mithin lediglich wenn der **scriptus heres** nicht antreten wollte, die Legate an die **conjunctae personae** zu zahlen sind, und zu Letzterem rechneten die Römer auch den Fall, wenn der **heres** nur unter einer Potestativbedingung eingesetzt war, denn die Nichterfüllung derselben steht offenbar dem reinen Nicht-Wollen bei der **pura institutio** ganz gleich [10]).

Diese Scheidung des Nichtkönnens und Nichtwollens scheint mir unverkennbar eine ganz allgemeine Regel für die Zahlung der Legate an die **conjunctae personae**, mag nun dem Grade, gegen welchen die **c. t. nata** ist, noch ein anderer folgen oder nicht; denn der juristische Grund derselben ist ja gar nicht das Existiren dieses späteren Grades, sondern lediglich die consequente Folgerung aus dem Wesen der **c. t. b. p.** — Diese setzt ein gültiges Testament voraus. Für den **b. possessor** ist dies freilich nur nöthig zu der Zeit, wo überhaupt sein Recht juristisch begründet wird, also **mortis tempore**. Damit aber die **conjunctae pers.** die Legate, welche sie eigentlich vom **scriptus heres** zu fordern haben, nun auch vom **b. possessor** verlangen können, als von einem an die Stelle des **scriptus heres** Gesetzten [11]), dazu gehört auch noch ferner,

---

9) Fr. 10. §. 2. in fin. de legat. praest. — quodsi post mortem testatoris, ante aditam hereditatem instituti decesserint, contra ipsos quidem videri petitum (Hal. petitam, d. h. die c. t. ist allerdings gegen diesen Grad semel nata, und es kommt auf den späteren Tod der Instituirten nicht weiter an), veruntamen ab iis relicta legata non esse praestanda, sed quae a substitutis relicta sunt. — Fr. 13. eod. (Tryph.). — Item a substituto legata deberi dicimus, si institutus conditione defectus esset, quae in ipsius potestate non fuit.

10) Das fr. 13. cit. (in der vorhergehenden Note) fährt fort: nam si eam, quae in ipsius potestate fuit, non implevit, pro eo habendus est, qui noluit adire hereditatem, quando nihil habiturus emolumenti conditioni merito non paruerit.

11) Der b. possessor haftet auch sogar mit der utilis actio, wenn die legirte Sache durch den dolus des scriptus heres, der die Erbschaft angetreten hatte, untergegangen war. fr. 17. de legat. praest. —

daß nicht ein Grund vorliege, welcher, ohne Dazwischenkunft der c. t. b. p., selbst gegen den Willen des heres die testamentarische Succession zur Unmöglichkeit gemacht haben würde. Die Aufrechthaltung der Legate an conj. pers. ist ja überhaupt nur eine Anomalie gegen die allgemeinen Regeln der c. t., also sollen sie doch dadurch auch kein reines lucrum haben, und die Legate nicht dann fordern können, wenn diese auch sonst wegen Unmöglichkeit der testamentarischen Succession vernichtet sein würden.

Erst so erklärt sich der andere Satz, den die in Note 9. angeführten Stellen auch noch enthalten, nämlich daß, wenn in der That hinter dem die c. t. erzeugenden Grade noch ein Grad vorhanden ist, der b. possessor die diesem letzteren an conjunctae personae aufgelegten Legate zu zahlen hat. Eine vage Billigkeit hat die Römer offenbar nicht zu diesem Resultate geführt, denn diese hätte doch noch viel eher zur Aufrechthaltung der Legate aus dem Grade geleitet, welcher die Ursache der c. t. war. Vielmehr liegt hier lediglich die Fortführung der bisher angegebenen Principien vor.

Wenn nämlich die Erben des Grades, der die c. t. erzeugte, die Erbschaft ausschlagen, und dadurch die civilrechtliche Delation der hereditas an die substituti veranlassen, so kann dies freilich im Rechte der c. t. keine Veränderung hervorrufen, denn die Agnition derselben hat ja die Wirkung, daß es auf die Vornahme oder Unterlassung der her. ad., also auch auf die directe Ausschlagung gar nicht mehr ankommt. Deßhalb sagen auch die Juristen ganz consequent, der b. possessor habe hier die im ersten Grade aufgelegten Legate an conjunctae personae zu zahlen (s. Note 4. 5. u. 6.). Dagegen wenn der institutus aus einem nach dem mortis tempus

Uebrigens wird auch bisweilen pietatis respectu das vom b. possessor zu prästirende Legat vollständiger aufgefaßt, als es der scriptus heres anzuerkennen hatte. fr. 46. pr. de usufr. Der Grund, den der Jurist in dieser Stelle nicht anführt, ist, daß sonst der c. t. b. possessor gewissermaßen ein legatum ususfructus erhielte, welches der Verstorbene doch nur der Person des heres zuwenden wollte, und das von einem gegen das Testament Auftretenden nicht ex voluntate defuncti in Anspruch genommen werden darf.

eintretenden Grunde nicht antreten kann, so wird dadurch dieser erste Grad vollkommen nichtig, und wenn dies auch für das Recht des c. t. b. possessor, welches mortis tempore geboren wird, keinen Einfluß mehr haben kann, so muß es diesen doch auf das Recht der Legatare äußern, denen gegenüber der c. t. b. possessor doch nichts, als ausnahmsweise Vertreter des scriptus heres ist. Der institutus war nun aber aus jenem besonderen Grunde weggefallen. Die hereditas wird also an die substituti deferirt. Daher kann der b. possessor nicht zu den dem institutus, sondern dem substitutus, welcher jetzt der scriptus heres ist, an conj. pers. aufgelegten Legate verpflichtet sein. Offenbar müssen wir nun aber auch in Beziehung auf diesen substitutus die allgemeinen Regeln anwenden, unter denen überhaupt nur dem b. possessor die Prästirung der Legate obliegt, d. h. auch für diesen substitutus muß die Möglichkeit der her. aditio vorliegen, und darf auch nicht durch einen nach dem mortis tempus eingetretenen Hinderungsgrund wieder weggefallen sein. Wogegen es für das Recht des b. possessor selbst auf alles dies, sowie auf die Frage, ob er von diesem zweiten Grade ebenfalls präterirt sei, durchaus nicht ankommt, denn seine b. p. war einmal aus dem ersten Grade nata, er hat die Universalsuccession ergriffen, und diese kann ihm nicht wieder genommen werden.

§. 92 Der Hauptsatz des vorigen § ist: die c. t. wird durch zwei Punkte begründet, erstlich daß der Prätorische Notherbe von dem Grade, dem kein anderer den Notherben ausschließender mehr vorangeht, präterirt sei, zweitens daß für die in diesem Grade Instituirten mortis tempore oder zu der Zeit, wo der vorhergehende Grad hinwegfällt, die volle civilrechtliche Möglichkeit vorhanden sei, die her. aditio vorzunehmen. Fehlt daher dies Letztere und es steht z. B. der fragliche Grad zwischen zwei anderen, in denen der Notherbe exheredirt ist, so wird die hereditas mit dem Wegfallen des ersten Grades gleich dem dritten deferirt, eine c. t. b. p. ist also in aller Weise undenkbar.

Nun aber erhebt sich die Frage, ob das Gesagte, welches

wir eben nur für Prätorische Notherben ausgesprochen haben, lediglich für diese, oder auch für die civilen Notherben gilt, denen die nominelle c. t. b. p. zusteht?

Es ist die allgemein herrschende Ansicht, daß dies zu bejahen sei [1]). Nach Civilrecht steht die Sache nämlich folgendermaßen: Die Nichtigkeit, welche der präterirte **postumus suus** hervorruft, ist eine andere, als beim **filius in potestate.** Wenn ein **postumus** im ersten Grade präterirt, im zweiten aber exheredirt ist, so fällt erst mit dem Erscheinen desselben der erste Grad vollkommen hinweg, es tritt nun aber nicht der zweite Grad, durch welchen der **postumus** ausgeschlossen sein würde, an die Stelle, sondern mit dem ersten Grade sind zugleich auch alle folgenden vernichtet, **quia rumpendo sibi locum facere postumus solet.** — Dagegen der **filius suus jam natus** macht den ersten Grad, von dem er präterirt ist, von Anfang an nichtig, ohne daß dies aber auf den folgenden Grad irgend einen Einfluß äußert, so daß, wenn er in diesem nicht präterirt ist, er vollkommen von der Erbschaft ausgeschlossen wird [2]). Es wird nun heutzutage als unzweifelhaft angenommen, daß, während das Recht der **postumi** unverändert bestehen geblieben sei [3]), das des schon geborenen Haussohns eine Umänderung durch die c. t. b. p. erfahren habe, indem diese ihm, sobald nur zur Todeszeit erbfähige **scripti heredes** vorhanden waren [4]), zustehe, und so gelange er denn zur Erbschaft, von der ihn das Civilrecht ausschließe.

Sind aber meine bisherigen Beweisführungen richtig, so fällt diese Annahme von selbst mit den übrigen bisher bekämpften Sätzen, indem auch gar nicht besondere Gründe für dieselbe von ihren Vertheidigern angeführt werden [5]). In den

---

1) Foerster l. c. p. 317. Mühlenbruch a. a. O. S. 86. — s. auch oben §. 72. Note 18.

2) Fr. 8. u. 14. pr. de lib. et post. fr. 3. §. 6. fr. 4. u. 5. de inj. rupt.

3) L. 1. C. de post. hered.

4) Diese Einschränkung mußte man wegen fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. nothwendig machen.

5) Mühlenbruch führt nur den an, daß doch aus einem solchen Testamente an sich eine sec. tab. erbeten werden könne, daher also auch

Stellen, woraus wir die Grundsätze des vorigen §. entnommen haben, ist von der wahren c. t. b. p. die Rede, was wir daraus sehen, daß die Juristen von der Prästirung der Legate an **conjunctae personae** sprechen, die ja ein Haussohn nicht anzuerkennen braucht. Also es sind nur Accrescenzerben und Emancipirte, die wir uns unter den c. t. b. **possessores** zu denken haben, und wenn in einzelnen Stellen, wie z. B. dem fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. kurzweg vom **filius** die Rede ist, so ist doch nicht minder sicher, daß darunter der Jurist nur den **emancipatus** verstanden haben kann, und ohne alle Undeutlichkeit verstehen durfte [6]. Wußte doch ein Jeder, daß die **filii in potestate** ganz **eo jure** vom Prätor gerufen werden, **quo vocantur ex jure civili**, und hatten doch dies die Juristen selbst bei der Erörterung der c. t. genügend voraus bemerkt.

Da durch Präterition des Sohns der erste Grad durchaus nichtig war, so ist die c. t., welche **contra lignum**, d. h. gegen ein an sich gültiges Testament geht, die daher die Möglichkeit der **her. aditio** voraussetzt, undenkbar. Der civile Notherbe war nun einmal in Folge der juristischen Consequenz, und in Folge seines an und für sich stärkeren Rechtes, in diesem Falle übler daran, als es die Prätorischen waren; aber ist das gleich ein Grund, anzunehmen, ohne daß irgend eine Andeutung in den Quellen vorliegt, der Prätor habe sich, um ihnen zu helfen, zu einer Inconsequenz, zu einem völligen Widerspruch verleiten lassen, der doch jedenfalls darin liegen würde, indem er ebendasselbe Testament für nichtig, und dennoch für formell gültig erklärt hätte? Und wenn er dies wirklich gethan, wenn er zugegeben hätte, er wolle aus dem nichtigen Grade eine c. t. verleihen, muß es nicht als durchaus sinnlos erscheinen, daß er dann noch darauf sähe, ob erb=

---

zur Verdrängung dieses zur sec. tab. Berechtigten die c. t. gegeben werden müsse. — Ich glaube nach meinen obigen Ausführungen hiergegen nichts weiter bemerken zu brauchen.

6) Ebenso sprechen auch umgekehrt die Römer vom **filius**, wo sie lediglich den **suus** meinen. Der Zusammenhang ergab das immer klar genug (so z. B. fr. 8. fr. 14. §. 1. de lib. et post.).

und antretungsfähige scripti heredes vorhanden seien oder nicht (s. Note 4.)? Wegen der Nichtigkeit des Grades kann ja eben keine her. aditio statt finden. Was einmal nichtig ist, kann nicht noch nichtiger werden. Wie sollte nun der Prätor dazu gekommen sein, dem Testamente seine Anerkennung zu entziehen, welches, wenn es nicht schon nichtig gewesen wäre, nichtig geworden sein würde, und nur das Testament gelten zu lassen (d. h. die c. t. gegen dasselbe gewähren), welches nur aus einem Grunde nichtig war [7])?

Man stößt hier auf Widersprüche, die ich für unauflöslich halte. Und doch ist gar kein Grund, und gar keine Andeutung vorhanden, daß die Römer sich auf diesen dornigten Pfad gewagt hätten, der mir zu etwas mit ihrem juristischen Gefühl so geradezu Unvereinbarem zu führen scheint, daß ein Römischer Jurist nicht einmal den Gedanken wird haben fassen können, hier wäre dem Haussohn durch c. t. b. p. zu helfen.

Lernen wir nun die Aussprüche der Quellen selbst kennen. Von demselben Ulpian, der in fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. allgemein vom filius spricht, aber offenbar nur den emancipatus meint, haben wir eine Stelle, die auch wieder vom filius spricht, aus der wir aber doch gleich sehen, daß vom Haussohn die Rede ist.

> **Fr. 3. §. 6. de lib. et post. — Si ita testatus sit paterfamilias, ut a primo quidem gradu filium praeteriret, a secundo solo exheredaret, Sabinus et Cassius et Julianus putant, peremto primo gradu testamentum ab eo gradu exordium capere**

---

7) Der Satz des Civilrechts ist, daß, wenn das Testament als nicht vorhanden betrachtet wird, auch von keiner civilrechtlichen Adition die Rede sein kann. Eine Prätorische Agnition konnte der Prätor nun freilich wohl an die Stelle setzen, und das hat er auch in gewissen Fällen gethan. Aber daß er eine civilrechtliche Adition bei einem civilrechtlich nichtigen Testament angenommen hätte, ist in sich selbst ein directer Widerspruch, und diesen würde er sich in unserem Falle haben zu Schulden kommen lassen. Danach würde er, wenn erbfähige scripti heredes vorhanden waren, und aus dem nichtigen Grade antraten, diese auch für wahre civilrechtliche Erben haben ansehen müssen!

unde filius exheredatus est; quae sententia comprobata est.

Man hat sich hier einfach mit der Ausrede beruhigt, Ulpian spreche in dieser Stelle (aus dem Sabinuscommentar) vom Civilrecht, in jenem **fr. 8. §. 5. cit.** dagegen vom Prätorischen. Aber ich frage, woher wir es rechtfertigen, daß die Römer in so engherziger Weise die Darstellungen der beiden Hauptquellen des Rechts geschieden hätten? Es lassen sich Beispiele in Menge anführen, wo in den Sabinuscommentaren vom Edict, und in den Edictscommentaren vom Civilrecht die Rede ist, und das mußte auch geschehen, da beide Theile ein einziges organisch in einander greifendes Ganzes ausmachen, stets also doch bemerkt werden mußte, was das Prätorische Recht am civilen verändert habe [8]). Und hier sollte Ulpian ausdrücklich die practische Gültigkeit des Civilrechts haben hervorheben können (**quae sententia comprobata est**), wenn auf den **filius in potestate** das Prätorische Recht anwendbar gewesen wäre, wodurch es doch offenbar bewirkt würde, daß das Testament nicht **ab eo gradu, unde filius exheredatus est**, den Anfang nehme, sondern daß auch der vorhergehende Grad aufrecht erhalten werde? Denn es wird doch Niemand läugnen, daß wenn der Prätor wirklich eine **c. t.** aus dem ersten Grade ertheilte, der civilrechtliche Satz damit practisch antiquirt war, da wohl kein **filius** es unterlassen haben würde, wenn er überhaupt nicht auf die Erbschaft verzichten wollte, die **b. p.** zu agnosciren.

Und halten wir doch einmal beide Stellen genauer mit einander zusammen. Es ist nicht der Fall, daß Ulpian im **fr. 8. §. 5. cit.** bloß vom Prätorischen Rechte rede, er spricht

---

8) Es läßt sich durchaus nicht nachweisen, daß die Römischen Juristen den Fehler begangen hätten, der heutzutage freilich öfter vorkommt, daß man nämlich Römisches Recht als geltend vorträgt, ohne zu berücksichtigen, wie es durch deutsches modificirt worden sei, und umgekehrt. Und doch stehen wir in Bezug auf die Verarbeitung des recipirten Römischen und des deutschen Rechtes ganz ebenso, wie die Römischen Juristen bei ihrem Dualismus des Prätorischen und Civilrechts.

auch von der **hereditas**. Er sagt: **hereditas in secundo gradu versatur**, aber nicht wegen der Präterition des **filius**, sondern nur dann, wenn vor den **instituti** Niemand **in rebus humanis** sei. In unserem **fr. 3. §. 6.** aber versirt die **hereditas** schon von Anfang an, wegen der Präterition des **filius**, **in secundo gradu**. Es ist also gar nicht anders möglich, als daß in der ersteren Stelle von einem **filius** die Rede sei, dessen Präterition den Grad nicht umstößt, d. h. vom **emancipatus**, während in der letzteren, wie auch das Wort **paterfamilias** zeigt, nur der **filius suus** gemeint ist. —

Was wir hiermit aus einem Fragmente Ulpians bewiesen haben, leuchtet wo möglich noch deutlicher aus einer Stelle des Paulus hervor. Sie ist aus dessen Quästionen, und der Jurist behandelt darin einen practischen Fall, über den er befragt worden war, und den er nun nebst dem abgegebenen **responsum** mittheilt. Es scheint mir schlechterdings undenkbar, daß er hier den Fragenden lediglich mit den Sätzen des Civilrechts hätte abspeisen können, wenn die Prätorischen Grundsätze nicht vollkommen damit übereinstimmend gewesen wären.

> **Fr. 43. §. 2. de V. et P. S.** — **Lucius Titius, quum haberet filios in potestate, uxorem heredem scripsit, et ei substituit filios. — Quaesitum est: an institutio uxoris nullius momenti sit eo, quod ab eo gradu filii non essent exheredati? Respondi: eum gradum, a quo filii praeteriti sint, nullius esse momenti, et ideo quum iidem substituti proponantur, ex testamento eos heredes exstitisse videri, scilicet quia non totum testamentum infirmant filii, sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit, sicut responsum est, si a primo sit filius praeteritus, a secundo exheredatus. Nihil autem interest, qua ratione secundi heredis institutio valeat, utrum quia ab eo filius exheredatus est, an quia ipse filius substitutus est.**

Paulus hebt noch so ausdrücklich hervor, es komme hier gar nichts darauf an, ob der **filius** das Vermögen erhalte

oder nicht [9]); und so kann also auch keine c. t. b. p. ihm zu Gute gekommen sein, denn wenn diese gegen alle juristische Consequenz ihm gegeben worden wäre, so wäre sie doch lediglich aus dem Gesichtspunkte einer anomalen Begünstigung zu erklären, und man würde sie also auch gewiß nicht zugelassen haben, wenn der Sohn schon ohne das als **institutus** das Vermögen erhielt.

VIII. Die Concurrenz der civilen und Prätorischen Notherben.

§. 93. Nachdem wir jetzt die Lehren von den Subjecten, den Wirkungen und den Berücksichtigungsvorschriften der c. t. b. p. beendigt haben, können wir zu der Frage übergehen, auf welche wir schon öfter in Voraus verweisen mußten, nämlich wie sich das Zusammentreffen von civilen und Prätorischen Notherben in einem und demselben Erbfalle gestaltet habe. Wir haben bisher nur das Verhältniß des eine wahre c. t. Agnoscirenden zu den **scripti extranei**, zu den **conjunctae personae**, und zu anderen Prätorischen Notherben kennen lernen. Aber damit ist die Stellung der **filii** und **postumi sui** zu der erbetenen c. t. b. p. noch nicht beantwortet.

So viel glaube ich oben bei der Entwicklung der nominellen b. p. c. t. bereits dargethan zu haben, daß der Prätor ihnen ihr Civilrecht vollkommen anerkannt hat. Aber die Gründe, weßhalb der Prätor dies ihr Civilrecht in eben jene nominelle c. t. einkleidete, konnte ich einstweilen nur andeuten, und erst hier lassen sich dieselben vollständig übersehen.

Ich muß, ehe ich zu der Darstellung der einzelnen Fälle übergehe, gleich im Voraus bemerken, daß wir uns hier auf einem Gebiet befinden, wo mehre juristische Principien und außerdem auch noch sehr natürliche Rücksichten der Billigkeit mit einander im Conflict gerathen, weßhalb es denn auch nicht zu

---

9) Fr. 75. de her. inst. (Papin.). — Si filius substituatur ei, a quo praeteritus est, non ut intestati patris, sed ex testamento habebit hereditatem, quoniam et quolibet alio substituto, si fuisset ab eo exheredatus, inde testamentum inciperet, ubi filius esset exheredatus.

verwundern ist, daß unter den Römischen Juristen sich bedeutende Meinungsverschiedenheiten bildeten. Es ist von besonderem Interesse und Werth, diesen Controversen und den für die gegenüberstehenden Ansichten geltend gemachten Gründen genau nachzuforschen. Mir scheint, daß man hierin heutzutage noch keineswegs in allen Punkten das Richtige getroffen hat.

Die einzelnen Concurrenzfälle werden sich am Besten so durchgehen lassen, daß wir das Recht der civilen Notherben zum Grunde legen, also die drei Fälle ihrer Institution, Exheredation und Präterition. In jedem derselben ist dann damit das Recht des instituirten, exheredirten oder präterirten Prätorischen Notherben zusammenzustellen.

1. Ein civiler Notherbe ist instituirt.

Wir brauchen uns natürlich nicht weiter auf die beiden Fälle einzulassen, wenn neben ihm ein instituirter oder exheredirter Prätorischer Notherbe steht. Es bleibt also nur der dritte Fall übrig, wenn eine Präterition des Letzteren vorliegt. Hier tritt nun bekanntermaßen für die civilen Notherben, ebenso wie bei der Institution eines Prätorischen, eine abgeleitete b. p. aus der Person des Präterirten ein [1]). Alle die Gründe, welche nach unserer obigen Darstellung der abgeleiteten c. t. zum Grunde liegen, kommen hier nicht minder in Betracht. Indem nämlich der Prätor in der c. t. die Succession sämmtlicher **liberi** nach gleichen Grundsätzen reguliren will, so muß er natürlich zu derselben auch die zulassen, welche im Fall der Präterition die wahre Intestatsuccession eröffnen würden; denn auf eine dem practischen Effecte nach dieser Intestatsuccession

1) Fr. 8. §. 14. de b. p. c. t. (Ulp.). — Non est novum, ut emancipatus praeteritus plus juris scriptis heredibus fratribus suis tribuat, quam habituri essent, si soli fuissent; quippe si filius, qui in potestate patris est, ex duodecima parte heres scribatur emancipato praeterito, dimidiam partem beneficio emancipati occupat, qui si emancipatum fratrem non haberet, duodecimam partem habiturus esset. Sed si ex parte minima sit heres institutus, non pro ea parte qua institutus est, tuendus est commisso edicto, sed amplius per b. p. habere potest.

gleichstehende Erbschaftsvertheilung geht ja gerade die c. t. b. p. aus.

Danach mußte denn hier der Prätor es ebenfalls geschehen lassen, wenn der Instituirte sich der abgeleiteten b. p. nicht bedienen, sondern mit seinem Civilrechte, soweit es den Virilthéil nicht überstieg, zufrieden sein wollte, so daß also dann für die verschiedenen Erbquoten eine testamentarische [2]) und eine notherbenrechtliche Succession nicht zu vermeiden war.

Hiebei könnte man nun aber meinen, daß folgender Punkt Schwierigkeiten gemacht habe. Die civilen Notherben sind ja stets **sui heredes**, ihnen fällt daher die **hereditas** immer **ipso jure** zu, und da dies in unserem Falle **ex testamento** geschieht, so scheint dadurch die **c. t. b. p.** ihnen unmöglich zu werden, so lange sie nicht durch das **beneficium abstinendi** vom testamentarischen Civilerbrecht befreit wurden; denn man kann nicht zugleich testamentarischer Erbe sein und **c. t. b. p.** erbitten. Dem ist aber nicht so, die Römer erklärten sehr natürlicher Weise das **ipso jure** Erbewerden nicht für genügend um die **c. t.** auszuschließen, vielmehr forderten sie eine positive Handlung, welche eine Anerkennung des Testaments involvirt. Bei einem **extraneus heres** ist dies die **her. aditio**, bei dem Haussohne mußte, da die Erschaftsantretung schon durch die Rechtsregel mit der Delation zusammenfällt, das factische Immisciren substituirt werden [3]). Lag nun aber diese Einmischung vor, so müssen die Römischen Juristen rücksichtlich der zu zahlenden Legate dieselbe Meinungsverschiedenheit gehegt haben, welche oben §. 85. Note 4. angegeben ist.

---

2) Diese wurde auch dann angenommen, wenn der instituirte civile Notherbe nicht bloß die c. t., sondern auch die testamentarische Succession verschmähte, um ab intestato die Erbschaft zu besitzen. fr. 23. si quis omiss. causa.

3) Fr. 14. pr. in fin. de b. p. c. t. (Afric.). — Quodsi is, qui in potestate est, heres institutus sit, quoniam necessarius heres sit, non aliud dici posse, quam et ipsum petere posse b. p., si modo hereditati se non immiscuerit; tunc enim, quia judicium patris comprobasse videtur, in eodem loco, quo emancipatum, haberi debere.

Wenn dagegen der Haussohn die abgeleitete c. t. agnoscirte, so waren sie darüber einig, daß er nur den **parentes et liberi** von dem, was er dadurch gewinnt, die Legate zu prästiren habe. Indessen wird dabei in den Quellen noch eine besondere Frage hervorgehoben, worin wiederum die Juristen abweichender Ansichten gewesen sind. Falls nämlich der instituirte Haussohn **impubes** und ihm ein Anderer **in secundum casum** substituirt war, so ist freilich über die dem Substituten anbefohlenen Legate kein Zweifel [4]), rücksichtlich der dem Sohne dagegen aufgelegten und nun vom Substituten zu erfüllenden äußern sich die Quellen verschieden.

> **Fr. 5. pr. de legat. praest. (Ulpianus). — Filium quis impuberem heredem scripsit, eique substituit, emancipatum autem filium praeteriit; deinde uterque filius acceperunt bonorum possessionem; — — quaeritur an mortuo impubere cogatur substitutus ea (legata) praestare. Et siquidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt. — — §. 1. Quodsi impubes ex uncia duntaxat institutus heres fuerit, magis est, semissem usque legata praestiturum etc.**

Aus diesem §. 1. sehen wir jedenfalls, daß Ulpian meint, der Substitut müsse die vom **impubes** hinterlassenen Legate nicht nach dem kleineren Institutionstheile, sondern nach dem durch die c. t. erlangten Viriltheile zahlen. Wenn er auch nachher besonders von den dem Substituten aufgelegten Legaten spricht, so kann er doch für die dem Haussohn aufgelegten unmöglich etwas Anderes meinen. Er stellt also nur die Unterscheidung auf, daß der Substitut nach dem Viriltheil die ihm selbst anbefohlenen Vermächtnisse Allen, dagegen die vom **impubes** hinterlassenen lediglich den **conj. pers.** zu zahlen habe, ebenso wie dieser selbst auch nur hiezu verpflichtet gewesen wäre. Und dies erscheint auch als die natürlichste Ansicht. Anders aber und zwar unjuristischer beurtheilt Scävola den Fall:

> **Fr. 103. §. 2. de legat. III. — Si filius ex uncia**

---

4) Fr. 34. §. 2. fr. 35. de vulg. et pup. subst. s. Francke a. a. O. S. 157 ff.

heres institutus sit, et ab eo legata data sint, habeat et substitutum, deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiae bonorum possessionem, substitutus ejus utrum ex uncia legata praestet, an vero ex semisse? Et verius est ex semisse, sed ex uncia omnibus, ex reliquis liberis et parentibus.

Scävola ist in soweit mit Ulpian gleicher Ansicht, daß der Substitut nicht bloß von der **uncia**, sondern von dem Viriltheil (der Hälfte) die dem **impubes** aufgelegten Legate zu zahlen habe, aber nun unterscheidet er: von der **uncia** soll er wie ein testamentarischer Erbe Allen, vom Ueberrest dagegen nur den **conj. pers.** sie prästiren. Die Gründe, welche ihn leiteten, werden gewesen sein, daß doch hier dem Instituirten sein Institutionstheil erhalten werde, daß sogar dieser **ipso jure** dem Kinde zufalle, also müsse doch der Substitut aus dessen Person, soweit dieser Theil reicht, ganz als testamentarischer Erbe betrachtet werden [5]). Aber diese Gründe sind nicht

---

5) Francke a. a. O. S. 160. tritt dem Cujacius bei, welcher den Widerstreit zwischen Scävola und Ulpian dadurch hinwegzuräumen sucht, daß er die Stelle des Scävola von Legaten versteht, welche dem Substituten aufgelegt sind. Dies geschieht dadurch, daß die Worte **habeat et substitutum** vor den Satz: **et ab eo legata data sint** gerückt werden. Allein ich kann mich nicht überzeugen, daß durch diese schon an und für sich gewaltsame Aenderung die Stelle weniger Schwierigkeiten darböte. Francke nämlich billigt es mit Recht nicht, daß man nun ohne Weiteres die Schlußworte **Et verius est etc.** mit Cujacius streiche. Läßt man sie aber stehen, so scheint es mir viel eher erklärlich, daß Scävola für die dem **impubes**, als die dem Substituten aufgelegten Legate jene Ansicht aufstellen konnte. Für Letzteres wären doch eigentlich gar keine juristischen Anhaltspunkte vorhanden, wogegen Ersteres die im Texte angegebenen Gründe für sich hat, die, wenn auch nicht so richtig wie Ulpians Ansicht, doch wie mir scheint, sehr wohl den Scävola bewegen konnten. Wir dürfen uns gar nicht so sehr sträuben, unter den Römischen Juristen in diesem Gebiete Meinungsverschiedenheiten anzunehmen, die sich auch oft ziemlich weit von den Ergebnissen juristischer Consequenz entfernen. Die folgende Darstellung wird dies in mehr als einem Beispiele zeigen. — Wenn aber Scävola meinte, daß der Substitut die dem **impubes** aufgelegten Legate zur **uncia**

die richtigeren. Der Institutionstheil wird neben der c. t. b. p. des Bruders nicht eigentlich erhalten, sondern, wenn die abgeleitete c. t. agnoscirt wird, so ist er eben dadurch ganz untergegangen (§. 85. Note 1 a), und die notherbenrechtliche nach Verbreitung über die ganze Erbschaft strebende Succession an die Stelle getreten. Das ipso jure Erbewerden des Kindes verändert daran nichts, denn dies hindert, wie auch Scävola annimmt, die Agnition der c. t. nicht, sobald nur nicht das Immisciren schon eingetreten war; wenn aber die c. t. dadurch nicht verhindert wird, so muß man auch die Wirkungen der c. t. anerkennen, und so kommen wir denn zu der Ulpianschen Ansicht zurück, daß solis liberis parentibusque die Legate zu prästiren sind. Es ist freilich bei der Concurrenz der liberi nicht immer zu vermeiden, daß für verschiedene Personen die Grundsätze verschiedener Successionen anerkannt werden müssen, aber in einer und derselben Person zum Theil eine testamentarische, zum Theil eine notherbenrechtliche Succession gelten zu lassen, macht den Eindruck des Gezwungenen und Unnatürlichen.

Jedenfalls sieht man aber schon aus diesem Beispiele, daß wir uns hier auf einem Felde befinden, wo die Römische Jurisprudenz sehr leicht in Schwankungen und Meinungsverschiedenheiten gerathen konnte. Es ergiebt sich von selbst eine Mehrzahl von Ansichten, auf die man verfallen kann, und für die sämmtlich sich auch Gründe anführen lassen. Dabei greift dann mehr ein individuelles als ein streng juristisches Gefühl ein, welchen Gründen man den Vorzug geben wolle. So scheint mir auch für die Ansicht des Scävola außer den vorher vermutheten juristischen Gründen ein anderer veranlassender Umstand noch wichtiger. Es ist, wie wir dies alsbald noch weiter verfolgen werden, das Streben der Römischen Juristen unverkennbar, in den mancherlei sich hier erhebenden

---

Allen zu zahlen habe, so muß er jedenfalls auch dem impubes selbst diese Verpflichtung aufgelegt haben. Ulpian dagegen erkennt für den instituirten Impubes wie überhaupt für alle instituirten liberi nur die Legate an die conj. pers. an, und meint nur, wenn er die b. p. nicht agnoscire, so müsse er von seinem Institutionstheile an Alle die Legate zahlen. §. 96. Note 2.

Fragen, bei denen man bisweilen wirklich sehr zweifelhaft sein kann, soviel wie möglich zu Gunsten des Testaments und für die Aufrechthaltung der Legate zu sprechen. Von diesem **Billigkeitsgrundsatze** aus mußte man dann häufig die juristische Consequenz verlassen. Aber freilich giebt es hierin Stufen und Grade, und von Scävola kann man in dem angegebenen Falle wohl sagen, daß er sich vom juristischen Boden etwas zu weit hat ableiten lassen.

§. 94. — 2. Ein civiler Notherbe ist exheredirt.

Auch bei diesem zweiten Falle ergiebt sich die Antwort von selbst, wenn daneben ein Prätorischer Notherbe instituirt oder ebenfalls exheredirt ist. Wie aber, wenn Letzterer präterirt war, also die **c. t. b. p.** erhielt?

Hievon handelt das lange und wegen seiner umständlichen Argumentation sehr lesenswerthe **fr. 20. de b. p. c. t.** von Tryphonin. Da diese Stelle an sich vollkommen deutlich ist, so will ich nur ihren Inhalt und dessen Gründe hier referiren.

Wir haben in der bisherigen Darstellung schon nach den verschiedensten Richtungen hin die Bedeutung kennen lernen, welche der **her. aditio** des **scriptus heres** bei der **c. t. b. p.** beizulegen ist. Hier begegnen wir derselben nochmals. Es fragt sich nämlich, auf welche Weise der exheredirte Haussohn neben dem präterirten **emancipatus** zur Erbschaft gelangen könne? Mittelst der **c. t. b. p.** ist dies nicht möglich, denn diese läßt ja die Exheredationen bestehen, weßhalb denn auch der Jurist ganz allgemein sagt: **emancipatus autem, petens c. t. b. p., solus habebit bonorum possessionem.** Da also dem Exheredirten der Weg des Prätorischen Rechts ganz verschlossen ist, so bleibt ihm doch nur die Möglichkeit, mittelst des Civilrechts an der Succession Theil zu nehmen. Hier kommt daher Alles darauf an, ob der **scriptus heres** die **her. aditio** vornimmt oder nicht. Im ersteren Fall ist abgesehen von der **querela inoff.** der Haussohn ausgeschlossen.

Im letzteren Fall dagegen tritt nach Civilrecht die Intestatsuccession ein, die also nur der Haussohn ganz allein in Anspruch nimmt (**filius ab intestato patri suus heres deprehendetur**), während umgekehrt des Emancipirten **c. t. b.**

p. ebenfalls auf die ganze Erbschaft gerichtet ist. Beide, das Civilrecht und das Prätorische, stehen sich hier also entschieden entgegen, und es ist die Frage, wie diese Collision zu heben sei. — Mir scheint hiebei kaum zweifelhaft, was die eigentliche strenge juristische Consequenz hätte ergeben müssen. Die Römer sprechen es so vielfach und entschieden aus, daß nach einmal agnoscirter c. t. die her. ad. des **scriptus** keine Bedeutung mehr für den c. t. b. **possessor** hat. Seine Stellung soll durch dieselbe nicht mehr verschlechtert werden können, und da nun außerdem nach dem Princip der c. t. die Exheredationen bestehen bleiben, so müßte der **exheredatus** völlig ausgeschlossen werden, ohne weitere Berücksichtigung, ob die Erbschaftsantretung vorgenommen werde oder nicht. Tryphonin aber entscheidet nicht so; wir können es ganz dahin gestellt sein lassen, ob dies allgemeine Ansicht der Juristen war, oder ob auch hier (was gar nicht unwahrscheinlich ist) Streit geherrscht hat; jedenfalls ist seine Meinung uns von großem Interesse, weil dies wieder ein Beispiel ist, daß man, auf die Billigkeit gestützt, von der strengen Rechtsconsequenz abging. Der Jurist stellt sich, während man eigentlich die ganze Frage nach den Grundsätzen der den **scriptus** vollkommen hinwegräumenden c. t. b. p. beurtheilen müßte, umgekehrt auf den Standpunkt des Civilrechts. Hiernach ist Intestatsuccession eingetreten, man kann also auch von dem destituirten Testamente nicht lediglich noch die Exheredation aufrecht erhalten wollen. Diese civile Intestatsuccession stellt nun Tryphonin in den Vordergrund, und nimmt damit die erbetene c. t. als removirt an; vielmehr soll diese nur noch die Wirkung haben, daß neben dem **suus**, der nach Civilrecht **heres ex esse** wird, der **emancipatus ab intestato** vom Prätor in der Hälfte der Erbschaft geschützt wird, m. a. W. die auf die ganze Erbschaft agnoscirte c. t. wird zu einer b. p. **unde liberi** auf die Hälfte. Ueber diesen Hauptpunkt, daß die erbetene c. t. nun auf einmal wieder durch die Ausschlagung des **scriptus heres** ihre Kraft verliert, geht der Jurist ohne alle Anführung von Gründen ganz rasch hinweg. Und in der That ist derselbe auch nicht juristisch zu vertheidigen, es stehen ihm die völlig unzweifelhaften Grundprincipien der c. t. durchaus

entgegen, wonach es allgemein anerkannt war, daß die **semel nata b. p.** keine Veränderung erleidet, **sive quis heres exstiterit sive non.**

Damit ist aber nicht gesagt, daß die Ansicht Tryphonins zu tadeln wäre, auch nur so, wie ich mich im vorigen § über jene Meinung des Scävola äußerte. Es ist offenbar, daß man hier lediglich zur Begünstigung des **exheredatus** von den im Uebrigen völlig anerkannten Grundprincipien der **c. t.** um der Billigkeit willen abging. Die ganze Lehre von der **c. t.** ist uns, wie ich oben §. 86. (am Ende) hervorhob, ein sehr lehrreiches Institut, weil die Römischen Juristen das ganze Gebäude auf so feste Principien zu bauen verstanden; aber sie verstanden es auch, hie und da am rechten Orte von diesen Principien, wo die **aequitas** ein Anderes rieth, abzuweichen, ohne daß damit dem Ganzen ein Schaden geschah. Dies scheint mir sowohl von den folgenden Fragen, die wir noch kennen zu lernen haben, als auch von der uns jetzt beschäftigenden gesagt werden zu müssen. Die Exheredationen waren nicht beliebt, und wenn also auch der Prätor sie im Allgemeinen aufrecht erhielt, so erschien es doch passend, dies nicht anders anzunehmen, als wenn die Enterbung auch nach Civilrecht Gültigkeit hatte [1]). Bei dieser gleichsam restrictiven Interpretation mußte man denn von selbst darauf kommen, den dem **exheredatus** zu gewährenden Schutz an die Ausschlagung des **scriptus heres** zu knüpfen. Und so kam, was Tryphonin auch ausdrücklich hervorhebt, das Resultat heraus, daß dem Instituirten diese seine Ausschlagung ein verkäuflicher Gegenstand wurde, für die er vom **exheredatus**, dessen Erbrecht lediglich davon abhängt, sich bezahlen lassen kann.

Im §. 1. unseres Fragments handelt dann der Jurist von der Collation, was wir, wie überhaupt diese ganze Lehre, übergehen. Dagegen muß ich noch einige Worte über die im §. 2. besprochene Legatenzahlung hinzuzufügen, welche Tryphonin

---

1) Fr. 8. pr. de b. p. c. t. — Non putavit Praetor exheredatione notatos et remotos ad c. t. b. p. admittendos, s i c u t i n e c j u r e c i v i l i t e s t a m e n t a p a r e n t u m t u r b a n t. Das sicuti ist nach Tryphonins Ansicht nicht im Sinn von: s o w i e, sondern von: s o w e i t zu verstehen.

im Fall des Zusammenerbens der beiden Brüder annimmt. Auch hier ist von juristischer Consequenz nicht die Rede, denn wenn der Jurist seine eigenen Worte im pr. (**redit res ad intestati exitum, ut adversus filium suum ex asse heredem, ab intestato patre emancipatum Praetor in parte dimidia tueatur**) streng genommen hätte, so verstand sich von selbst, daß von einer Legatenzahlung gar nicht die Rede sein konnte. Nichtsdestoweniger aber soll für seine Hälfte der **emancipatus** die **conjunctae personae** befriedigen, weil er doch einmal die **c. t. b. p.** agnoscirt hatte, und man deren Grundsätze beibehielt, trotz dem, daß die Intestatsuccession eingetreten war, und den **b. possessor** auf die Hälfte herabgesetzt hatte. Also wiederum nichts als Billigkeit gegen die **parentes et liberi**, denen man, auch wo das Recht es nicht consequent gebot, hier wie in vielen Fällen ihre Legate gerne bewahrte. Weiter aber wagte man doch nicht zu gehen, der Haussohn soll für seine Hälfte ganz unbeschwert bleiben, und so schließt denn der Jurist: **erit ergo melior hoc casu conditio in familia relicti filii, quam foret, si exheredatus non esset**, — was freilich ein ziemlich sonderbares Resultat ist.

§. 95. — 3. Ein civiler Notherbe ist präterirt.

Bei diesem letzten Falle kommen ganz neue Momente der Betrachtung hinzu, wodurch er sich von den vorhergehenden beiden Punkten wesentlich unterscheidet. Im ersteren Fall war das Testament in Folge der Institution des civilen Notherben vollkommen gültig gewesen; im zweiten fand, bei seiner Exheredation, eigentlich ganz dasselbe Statt, also die **c. t.** war gegen das Testament zulässig, aber mittelst einer Anomalie leitete man aus der Nichtantretung des **scriptus heres** die Ungültigkeit des Testamentes ab. Hier in diesem dritten Fall aber stellt sich die Sache noch ganz anders. Das Testament ist wegen Uebergehung des schon geborenen Haussohns oder der später erschienenen **postumi** nichtig, und dies hat auf die Frage, ob eine **c. t. b. p.** entstehen könne, den entscheidendsten Einfluß.

Hier ist der Punkt, wo wir die Bedeutung und die Grän-

zen der früher schon besprochenen nominellen c. t. b. p. erst gehörig ermessen können, von der ich oben bereits hervorhob, daß sie nur im Fall der Concurrenz mit anderen Notherben eigentliche Wichtigkeit hat, so wie denn auch vorherrschend nur in dieser Richtung die Quellen von ihr sprechen. Wenn ein Haussohn oder **postumus**, ohne daß noch andere **liberi** in Betracht kamen, präterirt war und **b. p.** erbat, so nannte man das auch wohl in übertragener Weise eine **c. t.**, aber das Wesen derselben war, wie nie Jemand bei den Römern bezweifelt hat, das einer **b. p. unde liberi**, unter welchem Namen sie auch gleich von Anfang an agnoscirt werden konnte. Nur in singulärer Weise läßt sich, wie ich oben angab, ein Fall denken, wo die Agnition der **c. t. b. p.** dem civilen Notherben wirklich von Interesse war (§. 74. № 1.). Dagegen wo neben ihm andere Notherben stehen, hat die nominelle **c. t.** wirklich selbständige juristische Bedeutung erhalten, wie aus dem Folgenden zu ersehen ist. Wir müssen auch hier, wie bei den vorhergehenden Fragen, gleich hervorheben, was die Ergebnisse der streng festgehaltenen juristischen Consequenz gewesen sein würden. Es kann keinen Zweifel leiden, daß danach von einer **c. t. b. p.** nur die Rede gewesen wäre, wenn Prätorische Notherben präterirt waren; denn die **c. t.** setzt ein gültiges Testament voraus. Waren aber civile Notherben präterirt, so bietet die dadurch hervorgerufene Nichtigkeit des Testamentes ein an und für sich mit den Grundsätzen der **c. t.** unvereinbares Moment dar. Ebendeßhalb hätte man eigentlich ganz allgemein und ohne alle Unterscheidung sagen müssen, es trete Intestatsuccession ein, an der die noch neben dem präterirten Haussohn oder **postumus** vorhandenen **liberi**, nach civilem und Prätorischem Rechte (**b. p. unde liberi**) Theil nähmen.

Aber es war nicht rathsam, bei diesen Sätzen ganz starr und unbeweglich stehen zu bleiben. Man ging davon ab. Indessen sind in dieser Hinsicht zwei wesentlich verschiedene Punkte genau zu trennen, welche ich auch schon im §. 74. № 2. kurz angedeutet habe. Sie bilden zwei verschiedene Stufen, von denen die eine um einen Schritt weiter von der civilrechtlichen Consequenz entfernt ist, als die andere. Die Quellen

zeigen uns nicht undeutlich an, daß beide auch historisch hintereinander liegen, indem der erste Schritt ein vom Prätor selbst angeordneter ist, über den also auch gar kein Streit bestand, während der zweite auf Fortentwicklungen der Römischen Jurisprudenz beruht, über welche die Juristen auch nie recht einig geworden sind.

a) Wenn in einem Erbfalle nur präterirte Prätorische Notherben vorhanden waren, so verstand es sich von selbst, daß ihnen eine vor die **sec. tab. b. p.** gestellte Agnitionsfrist eingeräumt werden mußte. Dies kann doch nun auch nicht verändert werden, wenn noch neben dem Prätorischen civile präterirte Notherben vorhanden waren, da dies ja der Prätor im Voraus noch gar nicht wissen konnte. Aber von der anderen Seite ist es nun wiederum nicht denkbar, daß der Prätor den civilen Notherben gegen den Prätorischen hätte zurücksetzen, also Ersterem, der **ab intestato** ein Recht auf die **b. p. unde liberi** hatte, einen erst nach Ablauf der Frist für die **c. t.** [1]) beginnenden Agnitionszeitraum anberaumen können. Hätte dann auch etwa gar, nach Agnition der **c. t.**, die **b. p.** in der folgenden Frist nach der allgemeinen Regel versagt werden sollen? Unmöglich, denn der Prätor will ja unter allen **liberi** eine gleichmäßige Vertheilung eintreten lassen. Und warum überhaupt den civilen Notherben in eine spätere Frist stellen, da doch Beide zusammen den Erblasser beerben sollen, da man überhaupt die dem Einzelnen zu gebende Portion nur durch vereinte Berufung Aller, die miteinander theilen sollen, feststellen kann. Was war also zu thun? Da man den Prätorischen Notherben doch keinenfalls sein selbständiges Recht auf die **c. t.** abläugnen, also ihn nicht von dem Recht der civilen Notherben abhängig machen konnte, da man Letztere aber auch Jenem nicht nachstellen durfte, so bleibt gar nichts Anderes übrig, als daß man Alle zusammen gleich in der ersten Frist, also zur **c. t.**, berief.

Da dies von Anfang an sich als etwas Nothwendiges darbieten mußte, so haben wir uns auch gleich mit der Einfüh-

---

1) Denn von einer Agnition der sec. tab. konnte, da das Testament nichtig ist, jedenfalls nicht mehr die Rede sein.

rung der c. t. diese nominelle Zuziehung der civilen Notherben unzertrennlich verbunden zu denken. Und dies beweisen ja auch unsere Quellen, wie oben nachgewiesen ist, so entschieden. Die Accrescenzerben sollen nicht bloß, wenn sie allein sind, ein materiell gleiches Recht erhalten, wie es die **filii** und **postumi**, wenn diese ebenfalls allein sind, haben. Alsdann mußte das Prätorische Edict lediglich von den Accrescenzerben (und dann hinterdrein auch von den **emancipati**) gesprochen haben. So ist es aber nicht, sondern das Edict ruft sämmtliche **liberi**, d. h. eigentlich und anfangs nur die **sui**, aber diese doch insgesammt zur **c. t. b. p.**; mithin sind darunter auch die civilen Notherben in ihrer Concurrenz mit den Prätorischen einbegriffen.

In dieser Gestalt haben wir uns daher die nominelle **c. t.** jedenfalls schon von Anfang an zu denken. An und für sich ist dies nur eine formelle Verbindung mit der wahren **c. t.** der Accrescenzerben, eine Zusammenordnung in dieselbe Agnitionsfrist. Mit ihr ist es daher noch immer vereinbar, daß, wenn die civilen Notherben von ihrem Recht Gebrauch machen, und die nominelle **c. t.** agnosciren, dann die Ungültigkeit des Testaments auch für die Prätorischen Notherben anzunehmen war, ihre **b. p.** also ebenfalls den Charakter der **unde liberi** erhielt.

Damit ist aber auch zugleich das Umgekehrte gegeben, und hier finden wir denn schon eine wichtige materielle Bedeutung, welche wir der nominellen **b. p. c. t.** gleich anfangs nicht absprechen können. Indem nämlich der Prätor Beide, die civilen und Prätorischen Notherben, als selbständig Berechtigte, in derselben Frist vereinigt, und nicht die Letzteren vom Rechte der Ersteren gänzlich abhängig machen kann, so liegt darin, daß wenn nun der civile Notherbe weder durch Agnition der nominellen **c. t.** noch durch **her. ad.** sein Recht geltend macht, für den Prätorischen Notherben durchaus die wahre **c. t. b. p.** eintritt. Denn wäre dies nicht der Fall, ließe der Prätor, auch wenn der präterirte Haussohn abstinirt, für den präterirten Accrescenzerben die reine Intestatsuccession eintreten, so hieße das ja, das Recht des Letzteren von dem des Ersteren ganz abhängig machen; oder mit anderen Worten, es

hätte in diesem Fall gar keine Frist der c. t. geben können. Nach Civilrecht war freilich das Testament nichtig, aber es ist doch sehr erklärlich, daß hier, wo der civile Notherbe selbst sein Recht aufgab, der Prätor nun auch dem Prätorischen N. E. nicht erlaubte, dies aufgegebene Recht einer anderen Person zu benutzen, sondern ihn lediglich auf das in eigener Person begründete Recht beschränkte. Darin liegt allerdings, daß er in diesem Punkte das Civilrecht entschieden verläßt, und, indem er das ungültige Testament für Prätorisch gültig erklärt, dadurch einen Boden gewinnt, auf dem die wahre c. t. des Prätorischen Erben ruhen kann.

Was wir hiemit schon aus der formellen Zusammenordnung der nominellen und wahren c. t. bewiesen haben, wird nun auch durch einen ausdrücklichen Quellenausspruch bestätigt:

> **Fr. 17. de inj. rupto. (Pap.). — Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit; quodsi se bonis patris abstinuit, licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur.**

Papinian hat hier wahrscheinlich instituirte Brüder des Präterirten vor Augen, aber dadurch verliert die Stelle nichts von ihrer Beweiskraft. Denn sie zeigt doch jedenfalls, daß diese Instituirten eine sec. tab. erbitten können. Regelmäßig ist nun die sec. tab. confirmandi jur. civ. gratia, aber hier, wie in einigen anderen Fällen, die wir später kennen lernen werden, ist sie es ausnahmsweise nicht. Dies ist zugleich maaßgebend für die c. t., welche da eintreten kann, wo die Möglichkeit der her. ad. oder der b. p. aus dem Testamente vorhanden ist [2]). Die c. t. setzt nur ein nach Prätorischen

---

2) Fr. 8. §. 5. fr. 19. de b. p. c. t. — Die Worte: (testamentum), ex quo neque adiri hereditas neque bon. poss. peti potest. — und: ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas b. p. peti potuit, sind also so zu verstehen: in allen Fällen, wo her. ad. möglich ist, da ist es auch die sec. tab., es giebt aber umgekehrt einzelne Fälle, wo Erstere unmöglich, Letztere möglich ist; jedenfalls genügt dies zur Begründung der c. t.

Grundsätzen gültiges Testament voraus, und auf die c. t. paßt Papinians Grund ganz ebensogut, wie auf die sec. tabulas. Denn auch bei jener wird Manches von der voluntas testatoris aufrecht erhalten, und dies muß also doch ebensogut Gültigkeit behalten, wenn ein Prätorischer Notherbe auftritt, als wenn die eingesetzten Erben die Erbschaft behalten. —

Das bisher Gesagte ist entschieden Prätorische Thätigkeit, und hierüber konnte auch natürlich kein Streit unter den Römischen Juristen sein. Das Uebrige, worin man von den im Anfange dieses § angegebenen Sätzen der juristischen Consequenz ex bono et aequo abging, war Gegenstand der Controverse, kann also jedenfalls nicht im Edicte festgestellt worden sein. Hier haben wir daher die Gränze zu machen. Das Bisherige ist die ursprüngliche Bedeutung der nominellen c. t. b. p. Wir können es in kurze Worte zusammenfassen:

Indem die civilen Notherben formell mit in die Klasse der c. t. b. p. aufgenommen werden, so verlieren sie dadurch, falls sie auf ihr Recht verzichten, den Einfluß, den ihr verletztes Notherbenrecht nach der subtilitas juris auf die concurrirenden Prätorischen Notherben äußert.

Dieser Satz war aber zu verführerisch, als daß nicht die Römischen Juristen auf dem einmal angebahnten Wege des bonum et aequum noch weiter fortzuschreiten versucht werden mußten.

b) Der zweite Schritt nämlich, nachdem der Prätor jenen ersten gethan, lag sehr nahe. Der Prätor hatte doch das durch Präterition des Haussohns ungültige Testament nach der aequitas für gültig erklärt, sobald der Präterirte auf sein Recht verzichtet. Die Billigkeit rieth, dies auch auf den umgekehrten Fall zu übertragen, wenn er sein Recht, sei es durch die nominelle b. p. oder durch her. aditio, geltend machte. Einige Römische Juristen haben dies in der That unternommen, und es ist hier gleich im Voraus zu bemerken, was auf diesem Gebiete allgemein anerkannt blieb, was dagegen dem Streite unterworfen wurde.

Von dem durch die juristische Consequenz gebotenen Satze, daß eigentlich die reine Intestatsuccession eintrete, ist man freilich für die Person des civilen Notherben, wenn dieser sein Recht geltend machte, nie abgegangen. Ich glaube dies oben

bereits vollständig bewiesen zu haben. Wohl aber konnte und mußte jener erste Schritt des Prätors sehr leicht Folgendes hervorrufen. Die Einwirkungen des civilen präterirten Notherben auf die Successionsart des präterirten Prätorischen sollen, wenn jener verzichtet, ausgeschlossen sein, warum denn nicht also auch, falls er sich seine Portion in der That durch **her. ad.** oder **b. p.** angeeignet hatte? Schon in der formellen Zusammenstellung der civilen und Prätorischen Notherben in derselben Frist der **c. t. b. p.** liegt, daß der Prätorische nicht aus der Person seines Bruders, sondern aus eigenem selbständigen Rechte gerufen wird. Noch deutlicher sieht man dies im Fall des Verzichtes des Haussohns. So konnte man denn auch leicht dahin kommen, zu sagen, daß für den präterirten Accrescenzerben und Emancipirten lediglich und für alle Fälle sein eigenes selbständiges Recht auf die wahre **c. t.** in Betracht komme, daß er aus der Person des civilen präterirten Notherben, auch wenn dieser seinen Viriltheil in Anspruch nehme, kein Recht auf die reine Intestatsuccession herleiten solle. Man war schon gewöhnt worden, bei der Succession der **liberi** nebeneinander für verschiedene Portionen verschiedene Delationsgründe (z. B. eine testamentarische und eine notherbenrechtliche) anzuerkennen, und so brauchte man denn auch hier nicht davor zurückzuschrecken, für die eine Virilportion die Grundsätze der Intestatsuccession, für eine andere die der **c. t.** eintreten zu lassen.

Ich habe bisher gesagt: es lag sehr nahe, daß aus jenem ersten Schritt sich dieser zweite entwickelte. Aber was waren die Gründe, daß man es that? Offenbar dieselbe **aequitas**, welche schon den Prätor die **c. t.** aufrecht halten ließ, wenn der Haussohn abstinirte. Die **c. t.** ist ja im Allgemeinen nach dem Bilde der Intestatsuccession gemacht, also der Prätorische Notherbe erhält in der That den Theil, welchen Letztere ihm gewähren würde. Aber dennoch erhält die **c. t.** Manches vom Testament aufrecht, und namentlich Eins, was lediglich durch die **aequitas** hervorgerufen war, nämlich die Legate an die **conjunctae personae** (§. 84. Note 4.). Die **parentes et liberi** wollte man gern immer noch neben den civilen und Prätorischen Notherben in dem ihnen Hinterlassenen schützen. Frei-

lich hat nie ein Römer daran gedacht, dem civilen Notherben die Legatenzahlung aufzulegen, wohl aber war dies bei dem Prätorischen möglich, sobald man nur bei ihm nicht auf das vom Haussohn abzuleitende Recht der Intestatsuccession, sondern auf sein eigenes durch seine Präterition entstandenes Recht zur c. t. b. p. sah. Von letzterem Gesichtspunkte aus mußte er nun allerdings von seiner Portion die Legate an die conjunctae pers. zahlen.

So entstand, aus Begünstigung der parentes et liberi, dies, man könnte sagen: „System der persönlichen Rechte". Es soll im Fall der Concurrenz von civilen und Prätorischen Notherben nicht mehr ein einziges Princip die ganze Succession beherrschen, sondern es wird bei jeder einzelnen Portion auf das eigene Recht des dazu Berufenen gesehen. Ist dies civiles Notherbenrecht, so succedirt er für seine Quote ab intestato, und hat keine Legate zu zahlen. Ist es ein Prätorischer Notherbe, so succedirt er nach dem Recht der c. t. und hat für seine Portion die Legate an parentes et liberi anzuerkennen.

Juristisch consequent ist das freilich nicht, wohl aber wurde es durch eine natürliche Billigkeit empfohlen; und so kommt es, daß auch die römischen Juristen, jenachdem sie der Consequenz oder der Billigkeit den Vorzug gaben, über diese Frage sich in zwei Parteien theilten.

Wer die Billigkeit vorwalten ließ, mußte nun auch leicht noch weiter getrieben werden. Wie, wenn der civile Notherbe präterirt, der neben ihm stehende Prätorische aber instituirt ist? Darüber waren freilich alle Juristen einig, daß Letzterer jetzt aus der Person des Ersteren sein Recht auf die Succession ableiten mußte. Aber wie leitet er es ab? Die eine Partei, der Consequenz folgend, mußte sagen, ihm stehe die reine Intestatsuccession zu, welche die ganze Erbschaft ergriffen habe. Die andere aber mußte auf das persönliche Recht des Instituirten sehen. Wäre er nicht instituirt, sondern präterirt, so sollte er ja nur nach dem Recht der c. t. auf seinen Viriltheil succediren. Unmöglich konnten sie ihm also jetzt im Fall der Institution ein größeres Recht aus der Person des Präterirten ableiten lassen. So kommt jenes merkwürdige Resultat heraus, das ich schon oben hervorhob. Dem Präterirten

erkannte man sein Intestaterbrecht vollkommen zu, aber man nahm an, das **majus** enthalte auch das **minus**, und ein Prätorischer Notherbe könne aus dem **majus** für sich nur das **minus** d. h. die **c. t.** ableiten, da er doch aus eigener Person im Fall der Präterition nur höchstens auf dies Recht Anspruch habe. Während also die eine Partei ganz auf dem Standpunkte des Civilrechts stehen blieb, und danach die Intestatsuccession über die ganze Erbschaft herrschen ließ, so stellten sich die Gegner vielmehr auf den Standpunkt des Prätorischen Rechts, und ließen diese die ganze Erbschaft umfassen. Der civile Notherbe hat doch die nominelle **c. t.**, und sein instituirter Bruder soll sich daraus nicht das darin enthaltene civile Element, welches für den präterirten allerdings anerkannt wird, sondern lediglich das Prätorische Schutzmittel ableiten dürfen. Die nominelle **c. t.** soll mithin in der Person des Instituirten nicht die Intestatsuccession, sondern die wahre **c. t.** erzeugen, wodurch denn die Aufrechthaltung der Legate bewirkt wird.

Nach dieser der Billigkeit folgenden Ansicht, die aber nie allgemein anerkannt worden, und von der wir nicht wissen, wie weit sie in die Römische Praxis übergegangen ist, gewinnt die nominelle **c. t.** noch eine ganz andere Bedeutung, als ihre ursprüngliche Gestalt mit sich führte. In der älteren Auffassung ist doch immer das Princip des Civilrechts noch vorherrschend festgehalten worden, indem, wenn der civile Notherbe sein Recht geltend macht, stets ausnahmslos die reine Intestaterbfolge eintritt. Nach der neueren Auffassung vieler Juristen aber erscheint die **c. t. b. p.** als vorherrschend, und das Recht des civilen Notherben für seine Quote nur als ein singuläres Privilegium, das über diese Quote hinaus keine Wirkungen äußert.

Aber es ist wohl zu bemerken, daß dies doch nur von den beiden bisher erwähnten Fällen gilt, wenn nämlich neben dem präterirten civilen Notherben ein p r ä t e r i r t e r oder i n s t i t u i r t e r Prätorischer stand. War Letzterer dagegen e x h e r e d i r t, so gab es gar keine Anknüpfungspunkte, um die Succession unter die Grundsätze der **c. t. b. p.** zu stellen, und so finden wir denn auch gar keine Andeutung, daß irgend ein Römischer Jurist von dem älteren Principe abzugehen versucht hätte.

§. 96. Ich habe bisher nur die inneren Gründe entwikkelt, welche die weitere Ausdehnung der ursprünglichen Bedeutung der nominellen c. t. veranlaßte. Wir haben jetzt die Quellenaussprüche selbst kennen zu lernen, in denen uns dies mitgetheilt wird. Die Nachlässigkeit der Compilatoren, welche die Spuren der Controverse nicht ganz zu tilgen verstanden, gewährt uns hier glücklicherweise noch die Möglichkeit, einzelne Römische Juristen zu erkennen, die theils bei der anfänglichen Gestalt der nominellen c. t. stehen blieben, theils davon abwichen.

α) Präterition des Prätorischen Notherben. Wir müssen hier das oben schon benutzte **fr. 15. pr. de legat. praest.** von Paulus nochmals, und zwar vollständig mittheilen.

> **Is, qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi contra tabulas b. p. petierit, quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret; nec enim exceptio doli mali huic noceat, et absurdum est, eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit, quum et sine hac hereditatem habiturus sit suo jure. Unde si duo praeteriti sunt, emancipatus et is qui in potestate est, quidam nec emancipatum praestare debere legata existimant, quia effectu fratris aufert partem dimidiam, quum, etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset. Quid ergo est, ubi praeteritus sit suus? verius est, quod dictum est**

Aus der Art, wie Paulus die rechtliche Beurtheilung dieses Falles einleitet (**quidam existimant**), sollte man glauben, er werde sich gegen die Ansicht dieser „**quidam**" aussprechen. Aber gerade umgekehrt erklärt er sie für die richtigere. Es erscheint sonderbar, daß er vor der Aeußerung seines Einverständnisses, den Fall noch einmal eigens reassumirt, da er doch ohne die geringste Undeutlichkeit bloß sagen konnte: **quod puto verius esse.** Indeß ist dies nicht ohne Absicht geschehen. Mit den Worten: **quid ergo est, ubi praeteritus sit suus,** will er zugleich den Grund angeben, weßhalb die Meinung der **quidam** die richtigere sei. „Wie nun, es ist ja ein **suus**

präterirt (also bekanntlich das Testament nichtig), mithin kann auch keine **c. t. b. p.** für den noch außerdem präterirten **emancipatus** statt finden."

Paulus steht also auf der älteren Stufe der nominellen **c. t.**, aber seine Worte beweisen durch ein unumstößliches **argumentum a contrario**, daß andere Juristen der entgegengesetzten Ansicht waren. — Knüpfen wir hieran gleich den Fall, über den gar kein Streit bei den Römern bestand:

β) Exheredation des Prätorischen Notherben. Hieher gehört **fr. 32. de lib. et post.** von Marcian [1]):

> **Si filio emancipato, is qui in potestate est, praeteritus sit, ipse quidem emancipatus, si contra tabulas petat, nihil agit, ab intestato autem et suus et emancipatus veniet.**

Marcian könnte unmöglich so entschieden sprechen, wenn irgend eine Meinungsverschiedenheit vorgelegen hätte.

γ) Institution des Prätorischen Notherben. Paulus muß, wenn er nicht ganz inconsequent gewesen ist, hier nothwendig auch der älteren Ansicht treu geblieben sein [1a]). Denn sein Grund, daß der **emancipatus** keine Legate zu zahlen habe, weil dieser ja ganz vom Haussohn sein Recht ableite, und Letzterer **ab intestato** succedire, (**quia effectu fratris aufert**

---

1) S. auch fr. 1. §. 9. si tab. test. null. von Ulpian, der, wie wir gleich sehen werden, im Uebrigen den Standpunkt des Civilrechts verlassen hat. S. oben §. 73.

1a) Zweifel gegen die Consequenz des Paulus erregt freilich jenes fr. 4. §. 3. de b. p. c. t. (s. §. 76.), worin der interimistische Schutz des institutus vor Geburt des präterirten postumus aus der später zu agnoscirenden c. t. b. p. gerechtfertigt wird. Aber dies beweist doch nicht genug. Freilich nennt er hier das Recht des emancipatus institutus eine c. t. b. p., aber er kann sie auch nur in dem Sinne so genannt haben, wie man sie auch den civilen Notherben selbst zuspricht. Die Frage, nach welchem Rechte der emancipatus succedire, ob er die Legate zahlen müsse (d. h. ob es eine wahre c. t. sei) oder nicht (d. h. ob es nur dem Namen nach eine c. t. wäre), interessirte ihn hier nicht; er brauchte sich also auch nicht genauer auszudrücken. Auch wenn Paulus ganz bei dem im §. 95. unter № a. entwickelten Rechte festhielt, so ist er doch um dieser Ausdrucksweise willen nicht gerade zu tadeln.

partem dimidiam, quum etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset) paßt vollkommen auch hier.

Ulpian aber trägt die entgegengesetzte Ansicht vor:

> Fr. 16. de legat. praest. — Si duo proponantur, unus in potestate praeteritus, alius emancipatus institutus, apparet commissum esse edictum per eum, qui in potestate est. Et si ambo petiissent c. t. b. p., is quidem qui in potestate mansit, quum rem ab intestato habeat, non praestabit liberis et parentibus legata; emancipatus vero numquid nec ipse praestat, quia ei rem auferret, qui praestiturus non erat, si solus esset? Sed verius est, vel hunc saltem debere liberis et parentibus praestare legata.

Ulpian fragt zuerst, ob wohl die Ansicht der Gegner richtig sei, und es ist wohl zu bemerken, daß er dafür, sogar in den Worten fast ganz übereinstimmend, durchaus den von Paulus angeführten Grund vorbringt (quia ei rem auferret, qui praestiturus non erat, si solus esset). Er hält aber diesen Grund nicht für genügend, und daraus geht hervor, daß Ulpian auch in dem obigen Falle, wenn der emancipatus präterirt war, ohne die größte Inconsequenz, mit Paulus nicht übereingestimmt haben kann. Er läugnet den Grund des Paulus nicht, und er kann auch nicht läugnen, daß darin die juristische Consequenz liegt, aber er hält es doch für „verius“, daß wenigstens an die parentes et liberi die Legate ausgezahlt würden. Offenbar muß er dasselbe also auch im Fall der Präterition des Prätorischen Notherben angenommen haben.

Einen besonderen Grund für diese seine Ansicht giebt er gar nicht an, aber er ist in der Antwort selbst enthalten. Indem er sagt, es seien an die conjunctae personae die Legate zu zahlen, so liegt darin ein Doppeltes: der Instituirte soll nach dem Rechte der c. t. succediren, und zwar aus billiger Rücksicht gegen die parentes et liberi, denen dadurch ihre Legate bewahrt werden.

Ulpian entscheidet sich aber, wegen der entgegenstehenden Ansicht Anderer, doch nur zweifelnd; er hält es für „richtiger“ (verius est), daß der Instituirte aus der Person des Präter=

irten nicht dessen Civilrecht, sondern lediglich die abgeleitete c. t. erhalten soll. Es fällt nun aber auf, daß, was er hier im zweifelnden Tone sagt, er im Anfange der Stelle schon als etwas Unzweifelhaftes hingestellt hat: **apparet commissum esse edictum per eum, qui in potestate est.** Das ist ja eben der Streitgegenstand, ob der Präterirte dem Instituirten sein Civilrecht, oder die **b. p. commisso per alium edicto** mittheile, wie kann nun Ulpian dies Letztere mit **apparet** als ganz ausgemacht darstellen, während er es nachher nur als das „Richtigere“ behandelt?

Indeß ist dieser scheinbare Widerspruch leicht zu lösen. Der practisch wichtigste Punkt, um den sich der Streit drehte, war ja nur der, ob die Legate zu zahlen seien, oder nicht. Dagegen gaben beide Parteien zu, daß jedenfalls der Instituirte durch den Präterirten zur Succession gelange; und weiter will Ulpian mit jenen Worten **apparet etc.** nichts sagen. Er kleidet es nur gleich in die Auffassung, die er für die richtige hält. Das übertragene Recht stellt er gleich als **b. p. commisso per alium edicto** dar, um so von selbst auf das Resultat zu führen, daß die Legate zu bezahlen seien. — Paulus würde bei seiner entgegengesetzten Ansicht diese Ausdrucksweise wohl nicht gebraucht, er würde etwa gesagt haben: **apparet auferre eum posse partem dimidiam,** oder wenn er es gesagt hätte (was sich nach dem in Note 1a Gesagten als möglich zugeben läßt), so wäre es in ganz uneigentlichem Sinne genommen, denn eine wahre **c. t. b. p. commisso per alium edicto** ist es doch eben nicht, wenn man von einem Intestaterben sein Recht ableitet, und selbst auch keine Legate zu zahlen verpflichtet sein soll. —

Die Meinungsverschiedenheit zwischen Paulus und Ulpian mußte aber, außer der Frage über die Legatenzahlung, sich doch auch noch auf einen anderen Punkt erstrecken. Wenn man mit Paulus sich das Ganze als Intestatsuccession denkt, so muß man für den concurrirenden Prätorischen Notherben rücksichtlich der Art, wie er sein Recht erwirbt, unterscheiden, ob es ein Accrescenzerbe oder ein Emancipirter ist. Ersterem muß man die Möglichkeit zugestehen, seinen Theil an der Intestatsuccession auch lediglich nach Civilrecht zu erwerben; wo-

gegen allerdings der Letztere nur durch Agnition der **b. p.** zur Succession gelangt, die, wenn sie auch nominell als **c. t.** erbeten ist, doch den Charakter der **unde liberi** hat. Für Beide aber muß man die Möglichkeit läugnen, daß eine in Bezug auf die testamentarische Einsetzung vorgenommene **her. aditio** irgend eine Bedeutung haben könne.

Ulpian dagegen mußte auch hier wieder anderer Ansicht sein; und demgemäß fährt er in der angeführten Stelle folgendermaßen fort:

> **Proinde si contra tabulas non accepit, dicendum est, tuendum eum in partem,** (Ulpian setzt natürlich voraus, daß er nun doch nicht überhaupt verzichtet), **et utique liberis parentibusque legata praestiturum. Sed an et omnibus? dubito, tamen quia plena fruatur voluntate, plenum et obsequium praestare testatoris judicio pro sua parte debet.**

Es ist kein Grund anzunehmen, daß Ulpian die unbeschränkte Legatenzahlung weiter ausgedehnt wissen wollte, als für den Fall, zu dem er eben in diesem Satze übergeht. Auf das Frühere also können wir es nicht als eine Vervollständigung zurückbeziehen. Ulpian meint, wenn der Instituirte die **c. t.** agnoscirt, so soll er nur an die **conjunctae personae** zahlen [2]). Dagegen wenn er die Agnition unterläßt, und als **scriptus heres** antritt [3]), so sei, wenn gleich es ihm als zweifelhaft erscheint, es doch das Natürlichste, daß er alle Lega-

---

2) In einer anderen Stelle sagt Ulpian dies vom instituirten impubes (und dessen Substituten) ausdrücklich. fr. 5. pr. de legat. praest. Ebenso hat auch die instituirte conjuncta persona, welche die her. ad. unterläßt, und sich mit der Denunciation des b. possessor begnügt, nur an die conjunctae personae nach Ulpians Ausspruch die Legate zu zahlen. s. §. 84. Note 12. — Dies kann ja doch nur analog aus dem abgeleitet sein, was Ulpian für den instituirten Notherben annahm.

3) Diese Antretung ist freilich nur etwas der her. aditio Analoges, denn von einer wahren civilrechtlichen Erbantretung kann doch wahrlich bei einem civilrechtlich ungültigen Testamente nicht die Rede sein. — Man kann übrigens dies nicht zur Unterstützung des im §. 92. Note 7. Widerlegten benutzen, wie ich wohl nicht weiter auszuführen brauche.

tare in Gemäßheit seines Erbtheils befriedige. Er succedire ja doch durchaus in Folge der **voluntas testatoris**.

In der That, wenn wir einmal die Grundvoraussetzung des Ulpian zugeben, daß der Instituirte, trotz der Nichtigkeit des Testaments nicht an der Intestatsuccession Theil nehmen soll, so ist diese Fortführung seiner Ansicht ganz consequent. Und in dieser Hinsicht, aber freilich nur in dieser, steht Ulpian auf gleicher Seite mit African, und wiederum dem Paulus gegenüber (s. §. 85. Note 4.), während im Uebrigen der dort von African und der hier von Ulpian besprochene Fall außerordentlich weit dadurch von einander entfernt stehen, daß jener ein gültiges, dieser aber ein ungültiges Testament voraussetzt. Weßhalb wir denn auch keineswegs hieraus eine Antwort entnehmen dürfen, ob African Ulpians Ansicht gebilligt haben würde. Alle drei Juristen stehen auf ganz verschiedenen Standpunkten, dort bei jener Frage African auf dem der strengen Consequenz, Paulus auf einer den instituirten Erben berücksichtigenden Billigkeit. Hier dagegen bei unserer Frage haftet Paulus umgekehrt am consequenten Recht, während Ulpians Ansicht auf nichts als einer die Legatare begünstigenden Billigkeit ruht, aber nun auch auf dem einmal angenommenen Standpunkte alle daraus sich ergebenden Folgerungen (und zwar mit Recht) anerkennt [4].

IX. Bedingende und vernichtende Beweise bei der c. t. b. p.

§. 97. Ich habe bei jeder Klasse der **b. p.** stets auch die beiden Fragen untersucht, welche Bedingungen der Prätor für die Ertheilung der einzelnen **bonorum possessiones** aufstellt, und welche Voraussetzungen er an und für sich bei der Agni-

4) Hiernach kann ich der Darstellung nicht beitreten, welche Francke S. 153. und Mühlenbruch Commentar Bd. 37. S. 37. von dieser Controverse geben. Justinians Compilatoren haben hier freilich nicht sehr lobenswerth gearbeitet, daß sie so viele Spuren von verschiedenen Ansichten Römischer Juristen haben stehen lassen. Aber für uns ist dies von keinem Interesse, weil die ganze **c. t. b. p.** unpraktisch ist, worauf wir noch im vierten Buche zurückkommen werden.

tion ununtersucht läßt, so daß nur, wenn ihm bereits das Nichtvorhandensein dieser Voraussetzungen bekannt war, eine Denegation der **b. p.** eintrat, im Uebrigen aber die Vorbringung dahin zielender Behauptungen den interessirten Personen überlassen wurde.

Wir können nicht zweifeln, daß diese beiden Punkte auch bei der **c. t. b. p.** zu unterscheiden sein werden, und so haben wir denn mit der darauf bezüglichen Untersuchung diese Lehre zu schließen. Ich erinnere dabei an das Gemeinsame, was ich namentlich bei der **sec. tabulas b. p.** im ersten Bande rücksichtlich unserer Frage bereits gesagt habe.

Jede Klasse der **b. p.** enthält eine größere oder geringere Anzahl von Regeln, denen genügt sein muß, wenn eine gültige **b. p.** vorhanden sein soll. Wir können sie insgesammt die Voraussetzungen dieser Klasse nennen. Die Römer gebrauchen dafür regelmäßig die Terminologie, daß beim Nichtvorhandensein derselben „**b. p. peti non potest**". Nun aber ist es bei dem ganzen Wesen und Zweck der **b. p.** etwas schlechterdings Undenkbares, daß der Prätor nur dann eine **b. p.** aus der fraglichen Klasse ertheilt hätte, wenn der Nachsuchende ihm das Vorhandensein aller dieser Voraussetzungen darthat. Ebenso undenkbar aber ist auch das Umgekehrte, daß der Prätor jedem, der vor ihm erschien, die verlangte **b. p.** stets ohne Weiteres hätte geben können, alle Fragen, ob der Bittende auch dazu berechtigt war, auf spätere etwaige Processe vor den **judices** verschiebend. Das ganze System der **b. p.** setzt ein selbstthätiges Eingreifen des Prätors zur Regulirung der Erbschaftsangelegenheit voraus, und damit wäre ein Verfahren, wonach Hunderte von Unberechtigten die **b. p.** hätten erhalten und also die Sache verweitläuftigen können, unvereinbar.

Somit war es ganz nothwendig, die bei jeder Klasse bestehenden Voraussetzungen in Beziehung auf die Art ihrer Constatirung nicht allesammt einander gleichzustellen. Das Meiste allerdings blieb bei der Agnition ununtersucht, (vernichtende Beweise) und bewirkte nur, wenn es schon bekannt war, die Denegation, wonicht, so machte das spätere Bekanntwerden die **b. p.** zur **non data**. Einzelnes aber, und zwar stets einige besonders wichtige Punkte, ließ sich der Prätor vor der

Ertheilung constatiren (bedingende Beweise). Bei manchen Klassen konnten nur diese beiden Punkte vorkommen, dagegen haben wir bei der **sec. tab. b. p.** noch eine Mittelstufe kennen lernen; es gab dabei manche Fragen, die freilich keinen Beweis von Seiten des Nachsuchenden enthalten, aber doch vor der Ertheilung der **b. p.** durch directe Untersuchung des Prätors festgestellt wurden, ich habe sie im engeren Sinne die Bedingungen der Agnition genannt.

Alle drei Abstufungen der im prätorischen Recht vorhandenen Voraussetzungen finden wir auch hier bei der **c. t. b. p.** wieder. Ich muß aber nochmals die beiden Umstände hervorheben, welche unsere Untersuchung in dieser Frage so schwierig machen. Es ist die Allgemeinheit der Römischen Terminologie, wonach alle Fälle, mögen sie dem einen oder dem anderen Gebiete angehören, meist ohne Unterschied mit den Worten: **b. p. peti non potest** dargestellt werden. Ferner aber die freie Stellung des Prätors bei der Handhabung der **b. p.**, wonach für sehr viele Fälle gar keine festen Regeln bestanden haben können. Dennoch glaube ich, daß man wenigstens im großen Ganzen auch bei der **c. t. b. p.** zu ziemlicher Sicherheit über die angegebenen drei Klassen gelangen kann.

Nach der obigen Darstellung des ganzen Instituts der **c. t.** sieht man leicht, daß der Voraussetzungen ihrer Gültigkeit eine außerordentliche Menge ist, und daß also jedenfalls das Meiste davon in das Gebiet der vernichtenden Beweise gehört haben muß. Dies wird noch durch die besondere Natur gerade dieser Klasse bestätigt. Das Wesen der übrigen **b. possessiones** ist, daß rasch ein Repräsentant des **heres** da sei, welcher einstweilen die Erbschaft regulirte. Weil hier ein Abfordern von Seiten des **heres** möglich ist, so muß doch darauf gesehen werden, daß nicht ein ganz unberechtigter Fremder das Verfügungsrecht über die **hereditas** erhält; da aber die Constituirung jenes Repräsentanten rasch geschehen soll, so kann der Prätor die Legitimationsfrage des die **b. p.** Nachsuchenden nicht auf spätere Processe vor **judices** verschieben, er muß die Constatirung wenigstens einer begründeten Wahrscheinlichkeit selbst übernehmen, d. h. er muß aus den sämmtlichen Voraussetzungen einer Klasse doch mancherlei Punkte hervorheben

und als bedingende Beweise hinstellen. — Bei der **c. t. b. p.** kommen dagegen ganz andere Gesichtspunkte in Betracht. Sie ist ausnahmsweise eine **b. p.** die stets **cum re** sein soll; während die übrigen **bonorum possessiones** ihrem juristischen Wesen nach nur interimistische Universalsuccessionen genannt werden können, so ist dies eine definitive. Sie steht also dem Begriff der **hereditas** in ganz anderer Weise gleich, als die anderen Klassen. Freilich berechtigt uns das noch keineswegs, zu folgern, der Prätor habe nun auch gleich den **c. t. b. possessor** formell dem **heres** gleichgestellt, also ihm die **hereditatis petitio** (**possessoria**) gegeben. Die Quellen führen uns darauf in keiner Weise, und die Rechtsmittel, welche der Prätor für die **b. p.** erweislich constituirt hat, waren so gut und vollständig eingerichtet, daß von einem practischen Bedürfniß gar nicht die Rede sein kann.

Wohl aber läßt sich nicht läugnen, daß der **c. t. b. possessor** dem materiellen Effecte nach ganz so gut steht, wie ein **heres**. Wenn der **b. possessor**, nach Erbittung der **b. p.**, die besitzlosen Güter selbst ergriffen hat, so wird dem **scriptus heres** die **her. pet.** gegen ihn denegirt (§. 68. Note 3.), wenn umgekehrt Letzterer oder ein Anderer besitzt, so fordert der **b. possessor** mit dem **Int. quor. bon.** und den **fictitiae actiones** (**possessoriae actiones**. §. 80. Note 17.), die ganze **hereditas** so vollständig und definitiv ein, wie es der **scriptus heres** gethan haben würde, wenn er nicht durch die **c. t.** removirt wäre (§. 82. Note 6.). Hieraus könnte man zu schließen geneigt sein, daß gerade, weil das Vermögen dazu bestimmt ist, dauernd beim **bonorum possessor** zu bleiben, der Prätor sich um so mehr das vollständige Recht des Nachsuchenden schon vor Ertheilung der **c. t.** beweisen lassen mußte. Es folgt aber vielmehr das Umgekehrte. Da sich doch alle Voraussetzungen der **c. t.** ohne die Behauptungen eines bestimmten Gegners gar nicht darthun lassen können, so kommt es nun auch auf einige Punkte mehr, welche der Prätor ununtersucht läßt, nicht an. Alles ist doch hauptsächlich davon abhängig, ob der **scriptus heres** die Gültigkeit der **c. t.** dem **b. possessor** bestreitet und erst in dem zwischen Beiden statt findenden Erbschaftsproceß können sämmtliche Fragen vollständig erledigt werden. Auch

wenn der b. possessor klagend auftritt, so haben seine possessoriae actiones doch eine ganz andere practische Bedeutung, als bei den übrigen b. possessiones. Es handelt sich um definitive Feststellung des Rechts an der Erbschaft, und so bildet die c. t. die erste Ausnahme, an die sich allerdings mit der Zeit die völlige Umwälzung des Begriffs der b. p., und der daraus hervorgehenden Rechtsmittel knüpfen konnte.

Da mithin hier, ganz anders wie bei den übrigen bonorum possessiones, erst ein zukünftiger Erbschaftsproceß die wahre Entscheidung geben kann, so brauchte der Prätor sich um so weniger schon bei Ertheilung der b. p. auf eine Untersuchung der einzelnen Punkte, in denen b. p. peti non potest, einzulassen; er konnte sich mehr noch als sonst mit einer einstweiligen bloßen Wahrscheinlichkeit begnügen, und gewiß hat er hierin seine Thätigkeit auch gar nicht in allen Fällen dieselbe sein lassen. Stand eine her. pet. des heres schon entschieden bevor, so brauchte er viel weniger zu untersuchen, als wenn voraussichtlich der heres sich auf gar keinen Proceß einlassen wollte. Denn in letzterem Fall war es bei weitem nöthiger, daß die Zulassung eines ganz Unberechtigten zur b. p. von vorn herein verhindert werde.

§. 98. Gehen wir jetzt genauer auf das Einzelne ein. Die Menge der bei der c. t. in Betracht kommenden Voraussetzungen lassen sich unter drei Gesichtspunkte vertheilen. Sie setzt erstlich voraus, daß ein gültiges Testament vorhanden sei, ferner, daß dies Testament dem Nachsuchenden zur eigenen oder abgeleiteten b. p. Veranlassung gebe, endlich, daß in der Person des Bittenden das vom Prätor vorgeschriebene Verwandtschaftsverhältniß vorhanden sei.

1. Beweise in Bezug auf die Gültigkeit des Testaments. Wir haben oben gesehen, daß wenn zu der Zeit, wo regelmäßig die Delation an den Instituirten statt findet, das Testament bereits ungültig ist, keine c. t. wie die Römer sagen „geboren" wird, indem gleich die Intestatsuccession eintritt [1]).

---

1) Fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. — si in primo gradu scripti non sint in rebus humanis mortis tempore testatoris, dicendum est,

Sollen wir nun also sagen, der Nachsuchende hätte beweisen müssen, daß das Testament ein vollkommen gültiges sei? Unmöglich, denn dagegen spricht ganz dasselbe, was auch bei der **sec. tab.** den Prätor verhindern mußte, eine derartige Vorschrift aufzustellen. Hier kommt noch ein besonderer Umstand hinzu. Der Nachsuchende bekommt ja, wenn das Testament ungültig ist, in der Regel ein noch volleres Recht, indem die reine Intestatsuccession eintritt. Wie kann man ihn also zur Erlangung des geringeren Rechtes zu einer solchen unerbringlichen Masse von Beweisen verpflichten? Aber der Prätor thut doch auch nicht gern etwas Unnützes, wodurch anderen Personen, namentlich den **conjunctae personae**, ganz vergebliche Hoffnungen erregt werden. Also ohne alle Grundlage kann er die **c. t.** nicht wohl ertheilt haben. Es wäre ja möglich, daß gar kein Testament vorhanden wäre, und so ganz in der Luft kann doch die „**contra lignum**“ gegebene **b. p.** nicht geschwebt haben. Die in Note 1. citirten Stellen scheinen mir hier völlig genügende Auskunft zu geben. Sie sagen, es sei zum **petere** der **c. t.** nöthig, **exstitisse tabulas ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas bonorum possessio peti possit.** (§. 95. Note 2.). Also jedenfalls müssen doch dieselben bedingenden Beweise geliefert worden sein, welche zur Erbittung der **sec. tab.** nöthig waren. Man mußte das Testament vorweisen, und um dies möglich zu machen, hatte man das **Int. de tabulis exhibendis**, oder man mußte sonst darthun, daß ein zur **sec. tab.** geeignetes Testament **mortis tempore** vorhanden war. Aber diese Möglichkeit der **sec. tabulas** setzt hier doch sehr natürlich noch einen Punkt mehr voraus, als die, welche wir im ersten Bande haben kennen lernen. Wenn der Instituirte selbst **sec. tabulas** erbittet, so zeigt eben sein Erscheinen, daß er existirt. Bei der **c. t.** aber ist es eine andere Person, welche sich auf die Möglichkeit der **sec. tab.** beruft, also muß er doch, wo es zweifelhaft ist, nachweisen, daß der Instituirte existirt.

---

c. t. b. p. praeteritum petere non posse. Fr. 19. in fin. eod. — peti contra tabulas inane est, quae sine effectu foret.

Dies also scheint mir noch neben den bedingenden Beweisen der sec. tab. hervorgehoben werden zu müssen, und daraus erklärt sich mir, daß gerade dieser Punkt in den Quellen, wie wir gesehen haben (namentlich bei der Frage über die Prästirung der Legate, z. B. fr. 10. §. 2. de legat. praest.), so ganz besonders gegen andere Vernichtungsgründe des Testaments hervorgehoben wird. Er lag den Juristen bei ihren Untersuchungen am nächsten.

Alle übrigen Punkte dagegen, durch die das Testament schon mortis tempore als nichtig erscheint, gehören jedenfalls, ebenso wie bei der sec. tab., ins Gebiet der vernichtenden Beweise. Also Präterition eines civilen Notherben (soweit diese überhaupt nach unserer obigen Darstellung Hinderniß der c. t. war) Mangel der testamentifactio, u. s. w. — Doch ist auch hier wieder ein Unterschied von der sec. tab., der sich aber ganz von selbst ergiebt, nicht außer Acht zu lassen. Darin freilich stehen sich beide Klassen gleich, daß wenn ein solcher Grund schon bekannt ist, der Prätor die b. p. denegirt, denn es wäre ja „inane" sie zu ertheilen. Dagegen wenn nach ertheilter b. p., sei es bei Gelegenheit einer her. pet. oder auch ohne Anstellung eines Processes, ein Interessirter dem Prätor das Vorhandensein der mortis tempore schon vorhandenen Nichtigkeit nachwies, so ward allerdings die sec. tab. dadurch stets zur non data. Dagegen bei der c. t. tritt dies lediglich dann ein, wenn der b. possessor nur aus der erbetenen c. t. ein Recht auf die Succession hat, und also mit deren Hinwegfallen ein Anderer der auf die Erbschaft Berechtigte wird (s. z. B. §. 92. im Anfange). Sobald indeß der c. t. b. possessor selbst der ist, an welchen mit Remotion der c. t. in der zunächstberufenen Klasse (unde liberi) das Vermögen fällt, so braucht er nicht nochmals formell die b. p. zu erneuern, also das Bekanntwerden des Vernichtungsgrundes hat nur die Bedeutung, daß er nun die Zahlung der Legate verweigern kann. Die Beweise hiefür scheinen mir genügend in den voraufgehenden Entwicklungen zu liegen.

2. Beweise in Beziehung auf die Berücksichtigung im Testamente. — Ebenso wie bei der sec. tab. b. p. es gar nicht anders denkbar ist, als daß der Prätor in dem ihm vor-

gebrachten Testamente nachgesehen haben muß, ob der Nachsuchende instituirt sei [2]), so ist es ganz ebenso auch hier. Es liegt so nahe, daß der Prätor gleich aus dem Inhalte des Testaments sich vergewisserte, ob der Notherbe präterirt sei, oder etwa aus der Person eines Anderen die abgeleitete c. t. habe. Denn wozu noch, wenn eine von diesen beiden leicht zu constatirenden Voraussetzungen fehlte, ihm eine c. t. b. p. geben, da er doch als Instituirter zur sec. tab. berechtigt, und als Exheredirter ganz ausgeschlossen war? Die Quellen drücken sich auch gerade in dieser Weise aus:

Fr. 3. §. 11. de b. p. c. t. — Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad contra tabulas bonorum possessionem vocari non debet; quum enim possit secundum tabulas habere possessionem, quo bonum est ei contra tabulas dari? Plane si alius committat edictum, et ipse ad c. t. b. p. admittetur.

Ulpian könnte gar nicht so sprechen, wenn ohne weitere Inspection des Testamentes die c. t. verliehen würde. Er stellt sich ganz auf den Standpunkt des Prätors, und sagt, es würde ja thörigt sein, die c. t. zu geben, da wo die sec. tab. deferirt ist. Darin liegt aber doch, daß dem Prätor dies Letztere, also die Institution, bekannt sein muß, wenn er die c. t. verweigern will. Er muß also auch das Testament eingesehen haben [3]). — Und was versteht sich denn in der That mehr von selbst? Der Prätor will durch die b. p. selbstthätig die Erbschaften reguliren, und dabei ist doch immer die erste Frage, ob ein Testament vorhanden ist, oder nicht; und für die beiden b. possessiones ex testamento (contra und secundum tabulas) ist die Kenntnißnahme vom Inhalte dessen

---

2) Wo das Testament nicht vorgebracht werden konnte, mußte man denn auch nicht bloß dessen Existenz, sondern dessen Inhalt darthun.

3) Dasselbe folgt aus fr. 8. §. 1. eod. — Aliqua parte tabularum exheredem scribi non sufficit, sed eo gradu, contra quem petitur b. p. Unde si a primo gradu exheredatus sit filius, a secundo praeteritus, et primo gradu scripti non petierint bonorum possessionem, poterit contra tabulas accipere b. p.

selben ganz gleichmäßig nothwendig. Da war es denn doch das Einfachste, daß der Prätor sich bei beiden es vorweisen ließ, und daraus sogleich mit eigenen Augen ersah, welche von beiden b. possessiones zuzulassen, oder ob sie vielleicht beide unzulässig seien.

So muß es denn auch mit den übrigen Punkten gehalten worden sein, bei denen das Recht des Notherben lediglich aus dem Inhalte des Testaments beurtheilt werden kann. Die Ausdrucksweise der Römischen Juristen zeigt dies auch bei den einzelnen Fragen sehr deutlich. So z. B. wenn der Notherbe unter einer Bedingung eingesetzt ist:

> Fr. 3. §. 12. de b. p. c. t. — Sed si sub conditione scriptus, b. p. c. t. accipere non potest.

Aber ein besonderer Beweis des Instituirten konnte ihm dennoch dazu verhelfen; sobald er nämlich darthat, daß die Bedingung schon weggefallen sei:

> Quid ergo, si defecerit conditio? Verum est, eum contra tabulas bonorum possessionem accipere.

Ein anderes, nur aus dem Testament zu ersehendes Hinderniß der c. t. war, wenn freilich nicht der Notherbe, wohl aber sein servus instituirt war. Der Prätor muß jenen doch gleich befragt haben, ob er Letzterem befohlen habe die cretio vorzunehmen, und dann denegirte er gleich die b. p.

> Fr. 3. §. 15. eod. — Si quis ex liberis non sit scriptus heres, sed servus ejus scriptus sit; eumque jusserit adire hereditatem, denegari ei debet bonorum possessio contra tabulas [4]).

Und ebenso wird regelmäßig der Prätor, wenn er im Testamente fand, daß dem Notherben ein Legat hinterlassen sei, ihn gefragt haben, ob er dies haben wolle, oder etwa schon angenommen habe. Und danach richtete sich die Ertheilung oder Denegation der c. t.

---

4) Einem in adoptionem datus wurde überhaupt in diesem Falle die b. p. denegirt. fr. 8. §. 11. eod. — Sed si ipse scriptus non sit, sed alius qui ei acquirere hereditatem potest, non est in ea causa, ut eum ad b. p. contra tabulas admittamus.

Fr. 3. §. 16. eod. Idemque est, et si legatum relictum sibi vel servo suo elegerit; nam et hic dicimus, bonorum possessionem c. t. debere denegari [5]).

Ein besonderes Decretum mußte, wie wir oben gesehen haben, dann interponirt werden, wenn ein noch nicht geborener postumus präterirt war, und daneben ein instituirtes Kind sich befand (fr. 4. §. 3. fr. 5. eod. — s. oben §. 76.).

Aus Allem diesem folgt, daß die unter unseren zweiten Gesichtspunkt fallenden Fragen freilich keine bedingenden Beweise genannt werden können, aber doch vom Prätor in den meisten Fällen als wahre Bedingungen der Agnition behandelt sein müssen. Er durfte freilich, wenn es ihm passend schien, auch ausnahmsweise davon abgehen, aber ich glaube kaum, daß, da alle diese Punkte so leicht und einfach von ihm constatirt werden konnten, dies oft geschehen sein werde. Jedenfalls machte, wenn es geschah, das spätere Bekanntwerden des Nichtvorhandenseins einer einstweilen präsumirten Voraussetzung die b. p. zur non data, ebenso wie wenn sie unter einer Voraussetzung ertheilt wurde, deren gleich anfängliche Constatirung überhaupt nicht möglich war [6]).

3. Beweise in Beziehung auf das Verwandtschaftsrecht. — Dieses dritte Erforderniß der c. t. b. p. zerlegt sich in eine solche Menge von Fragen, daß es ganz undenkbar ist, der Prätor habe sich immer genau das Verwandtschaftsverhältniß, und das Nichtvorhandensein der daraus etwa abzuleitenden Hindernisse beweisen lassen. Aber er muß doch, wenn Jemand vor ihm erschien, den er nicht kannte, und von dessen Verhältnis-

5) Fr. 10. §. 3. eod. (si quis legatum sive portionem sibi datam agnoverit, a c. t. b. p. repellendus est.) kann dasselbe heißen; aber es liegt darin auch jedenfalls, daß wenn dennoch die c. t. ertheilt worden ist, und nun die Annahme des Legats zu Tage kommt, die b. p. als non data erscheint. S. z. B. auch fr. 15. eod.

6) Fr. 11. pr. eod. — Si in adoptionem datus sub conditione scriptus sit heres a naturali patre, alio committente contra tabulas edictum et ipse veniet. Sed si defecerit conditio, repellitur ab ea possessione.

sen er nichts wußte, wenigstens eine Legitimation verlangt haben, daß er ein Kind des Verstorbenen sei.

Fr. 8. §. 12. de b. p. c. t. — Ut autem admittantur ad bonorum possessionem, ex liberis eos esse oportet.

Dagegen alle die weiteren Fragen, ob er auch in seiner stirps der Nächste, ob er nicht etwa untergeschoben sei rc., konnte man sämmtlich der Vorbringung von Seiten anderer interessirter Personen überlassen, d. h. sie in das Gebiet der vernichtenden Beweise stellen.

Drittes Kapitel.

Die historischen Veranlassungsgründe und Folgen der c. t. b. p.

§. 99. Nach Darstellung der c. t. b. p. habe ich in diesem Kapitel zwei Institute zusammenzustellen, die mit derselben jedenfalls im directen historischen Zusammenhange stehen. Nur ist es nicht sicher, ob sie die Veranlassung zur Einführung der c. t. hergaben, oder umgekehrt durch diese hervorgerufen wurden. Ich meine das Notherbenrecht der **postumi sui**, wie es namentlich durch die lex Velleja regulirt worden war, und das Erbrecht der **emancipati ab intestato**, also die b. p. unde liberi.

Daß Ersteres mit der c. t. b. p. in genauem Zusammenhange steht, habe ich im vorigen Kapitel (§. 70.) bereits ausgeführt, wir haben aber noch genauer, als dort geschehen konnte, das zwischen beiden bestehende historische Verhältniß zu prüfen, um dadurch auch die näheren Anhaltspunkte für die Einführungszeit der c. t. b. p. zu gewinnen. Wir werden sehen, daß es das Wahrscheinlichere ist, das Recht der postumi als Veranlassungsgrund der c. t. anzunehmen. Dagegen dem zweiten Institute, der b. p. unde liberi, welche auch vielfach als Veranlassungsgrund der c. t. b. p. aufgefaßt worden ist, werden wir wohl unbedenklich die Stelle einer aus ihr hervorgegangenen Folge einräumen dürfen.

I. Das Recht der postumi sui.

§. 100. Schon am Ende des §. 77. bemerkte ich, daß es allerdings denkbar ist, das Recht der postumi sei erst nach Einführung der c. t. b. p. umgestaltet worden. Dafür ließe sich folgender nicht unscheinbare Grund anführen. Das Prätorische Notherbenrecht stimmt mit dem der postumi darin überein, daß die Personen männlichen Geschlechts nominatim, die weiblichen dagegen inter ceteros zu exherediren sind. Dies kann kein bloß zufälliges Zusammentreffen sein. Nun aber ist die angegebene Regel im Prätorischen Rechte eine vollkommen feststehende, als Civilrecht für die postumi dagegen wird sie, wie wir sehen werden, nur schwankend und als etwas nicht ganz Sicheres von den Römern vorgetragen. So scheint also das Natürlichste, die Einführung dieser Regel dem Prätor zuzuschreiben, und jene Ungewißheit des Civilrechts sich daraus zu erklären, daß es eben nur etwas aus dem Prätorischen Rechte Uebertragenes sei, welches nicht zu vollkommener Festigkeit habe gelangen können.

Nichts desto weniger scheint mir die umgekehrte Annahme, daß der Prätor bei der für die Accrescenzerben aufgestellten c. t. dem schon bestehenden Rechte der postumi sui sich angeschlossen habe, die wahrscheinlichere. Ich habe es oben weitläuftiger entwickelt, daß die ganze Idee der c. t., Gleichstellung der Accrescenzerben mit den übrigen sui, erst aufkommen konnte, nachdem die postumi sui nicht mehr incertae personae waren. Hiezu kommt noch Folgendes. Der Prätor ruft zur (nominellen oder wahren) c. t. sämmtliche sui, und darunter auch die postumi, und wir haben gar keine Andeutung, daß diese Berufung der postumi erst ein späterer Zusatz wäre. Der Prätor setzt aber doch die Möglichkeit der Institution und Exheredation bei den postumi voraus, also muß dies schon vorher durch das Civilrecht festgestellt worden sein. Und auch, daß der Prätor jene Vorschrift des nominatim Exheredirens für das männliche Geschlecht zuerst ausgedacht hätte, scheint mir etwas sehr Unwahrscheinliches, da wir im Uebrigen gesehen haben, daß er grade in den Berücksichtigungsvorschriften so ganz an die Regeln des Civilrechts sich anlehnte.

3) Diese Auffassung, wonach die Einführung der c. t. sich nur als letzter Punkt sehr natürlich an die schon voraufgehenden Veränderungen im Notherbenrecht der sui anschließt, bedarf aber noch stärkerer Stützen, als ihr bisher gegeben werden konnten. Wenn man ihr auch die innere Wahrscheinlichkeit, wie ich glaube, nicht wird absprechen können, so meint doch vielleicht Mancher, daß sie vor den positiven uns in den Quellen erhaltenen Notizen, die mit ihr nicht vereinbar seien, zurückweichen müsse. Ich habe jetzt zu zeigen, daß dies durchaus nicht der Fall ist; und daß auch namentlich jene Vorschrift des namentlichen Exheredirens sämmtlicher männlichen **postumi** im Civilrecht schwankend bleiben konnte, während sie im Prätorischen Rechte, dadurch, daß der Prätor sie auf die **c. t. b. p.** übertrug, als eine Vorschrift des Edictes natürlich für Accrescenzerben und Emancipirte allem Zweifel enthoben wurde.

Von dem Satze, daß **postumi incertae personae** seien [1]), ging man für die **postumi sui** zuerst bekanntlich in dem Falle ab, wenn ein Descendent ersten Grades nach dem Tode des Testators geboren würde [2]). Hieran schlossen sich dann die Formeln des Aquilius und die **lex Junia Velleja** an [3]). Diese letztere hatte die Tendenz bei allen **viventibus nobis** agnascirenden **postumi**, wenn sie instituirt oder exheredirt seien, die Ruption des Testamentes zu verhüten, eine Tendenz, die auch die Römischen Juristen vollkommen erkannten, so daß ein Fall, den die **lex Velleja** wahrscheinlich bloß vergessen hatte, von Salvius Julianus, ganz ihrem Principe gemäß beurtheilt wurde [4])

Aber es ist wohl zu bemerken, daß die **lex Velleja** doch überhaupt nur von den durch eheliche Erzeugung entstan-

---

1) Gai. II. 242.

2) Ulp. XXII. 19. »ex jure civili«. d. h. wohl durch Gewohnheitsrecht.

3) Fr. 29. de lib. et post.

4) Fr. 29. §. 15. de lib. et post. Dasselbe gilt von dem in fr. 28. §. 1. eod. von Tryphonin behandelten Falle.

denen **postumi** sprach. Und so bleibt denn noch immer die Frage übrig, ob für die durch einen juristischen Act (z. B. Adoption, Arrogation, Legitimation) nach der Testamentserrichtung in die Gewalt Getretenen [5]) auch nach der **lex Velleja** die alte Regel bestehen blieb, daß sie als **incertae personae** weder instituirt noch exheredirt werden könnten, oder ob man auch diese Fälle nach dem Principe der **lex Velleja** beurtheilte?

Die von den heutigen Schriftstellern gelehrte Ansicht ist, daß noch Gaius die alte Regel anerkannt habe, während bereits Scävola und Papinian der Meinung gewesen seien, eine **exheredatio** erscheine allerdings als eine **res in extraneo inepta**, wogegen die vorgängige Institution dem juristischen **postumus** genügen müsse. Diese Meinung sei dann die herrschende geworden, und auch als die von Justinian recipirte anzusehen [6]).

Mir scheint hiermit aber weder der Zustand der Römischen Jurisprudenz, noch alles in der Justinianeischen Compilation in Betracht Kommende vollständig angegeben zu sein. Gaius war allerdings der Ansicht, daß gleichmäßig die vorgängige Institution wie Exheredation für den später eintretenden **postumus** nicht hinreichend sein soll. Und es ist nicht zu läugnen, daß dieser Meinung ein ganz vernünftiger Grund zur Seite steht, wonach sie gar nicht lediglich als ein starres Festhalten am alten Recht erscheint. Es kann ein Mensch recht wohl seine Verhältnisse schon im Voraus auch mit Rücksicht auf noch später geborene Descendenten reguliren. Dagegen wenn er durch ein eigenes Rechtsgeschäft einen Haussohn annimmt, so wird selten ein schon früher gemachtes Testament mit seinem jetzigen Willen übereinstimmen. Da nun einmal

5) Wir wollen sie in der Folge kurz mit dem Ausdruck: juristische postumi bezeichnen.

6) Gai. II. 140. 141. im Vergleich mit fr. 18. de inj. rupto. und fr. 23. de liber. et post. — s. Bluntschli S. 54. Francke S. 41. Mühlenbruch Commentar. Bd. 36. S. 279. Vangerow Leitfaden II. S. 232. — Foerster p. 117. 119. versuchte noch eine Vereinigung beider in die Digesten recipirten Juristen mit Gaius, was allerdings unzulässig ist.

die postumi das Testament rumpirten, so hat es sehr viel für sich, diesen Satz ganz allgemein bei den juristischen postumi bestehen zu lassen, weil man nicht voraussetzen kann, daß der Testator ganz bei seinem früheren Willen bleiben werde. Und die Anforderung ist doch wahrlich nicht unnatürlich, daß man von dem, der noch Lust gehabt hat, durch ein eigenes Rechtsgeschäft einen Sohn anzunehmen, verlangt, er solle nun auch von Neuem seine Verlassenschaft reguliren. Daß auch die Römische Gesetzgebung von diesem Gesichtspunkte ausging, sehen wir aus Gaius II. 143., indem durch ein eigenes Sct. unter Hadrian für einen Fall, wo es nicht mehr möglich war, das Testament zu erneuern, ausdrücklich erlaubt wurde, daß die vorgängige Institution oder Exheredation genügen solle; ne, wie Gaius sagt, **scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore, quo renovari non possent.**

Aber darin liegt doch ein entscheidendes **argumentum a contrario**, daß die Gesetzgebung abgesehen von diesem Ausnahmsfalle eine Renovation des Testamentes bei juristischen **postumi** verlangte, daß sie mithin die directe Uebertragung des Princips der **lex Velleja** auf dieselben für unanwendbar hielt. Freilich werden wir nun sehen, daß viele Juristen und zwar lange vor Gaius anderer Meinung waren; aber daß diese theoretischen Ansichten gleich in die Praxis übergingen, wo ihnen noch ein späteres Sct. entgegenstand, ist nicht zu glauben.

Die Ansicht von Scävola und Papinian ist eine Mittelmeinung, und lehnt sich am nächsten an die des Gaius an. Wenngleich nämlich Letzterer dem Resultat nach Institution und Exheredation einander gleichstellt, so unterscheidet er sie doch den Gründen nach ganz genau:

> **II. 140. Nec prodest, sive haec sive ille qui adoptatus est, in eo testamento sit institutus institutave; nam de exheredatione ejus supervacuum videtur quaerere, quum testamenti faciundi tempore suorum heredum numero non fuerit.**

Bei der Exheredation bestände gar kein Zweifel, daß sie die Ruption des Testamentes nicht zu verhindern vermöge, denn zur Zeit der Testamentserrichtung sei der später Adoptirte ein **exheredatus**, und die **exheredatio** eine **res in extraneo**

inepta [7]). Dies deutet darauf hin, daß in Beziehung auf die Exheredation damals gar kein Streit unter den Römischen Juristen bestand, wohl aber rücksichtlich der Institution. In der That sieht man dies nun auch aus der vorsichtigen Ausdrucksweise, mit der Scävola in fr. 18. de inj. rupt. die dem Gaius entgegengesetzte Ansicht ausspricht:

> Si, qui heres institutus est, a testatore arrogetur, potest dici satis ei factum, quia et antequam adoptetur, institutio ut in extraneo locum habebit.

Scävola hat einen keineswegs ganz verwerflichen Grund für sich, denn allerdings ist hier ein Unterschied zwischen der Institution und Exheredation. Die letztere bezieht sich lediglich auf Ausschließung eines bestehenden Notherbenrechts, und da dies zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht vorhanden ist, so stimmten Gaius und Scävola darin überein, daß durch eine solche Exheredation jedenfalls die Ruption nicht ausgeschlossen werde. Dagegen meint Scävola, die Institution sei doch an und für sich etwas Gültiges auch bei dem extraneus, und so solle sie auch genügen, wenn dieser extraneus später suus wird, und dadurch Notherbenrecht erhält; während Gaius daran festgehalten hatte, daß die Institution doch auch späterhin nichts Anderes bedeuten könne, als was sie anfangs gewesen war. Da sie nun im Anfange nicht zur Befriedigung des Notherbenrechtes diente, so könne sie auch später nicht dazu benutzt werden, und der Erblasser sei also nach der Adoption zur Renovation des Testaments verpflichtet.

Diese Ansicht des Scävola ist aber gar nichts Neues, sondern schon Labeo, Cassius und Javolenus hatten sie, wie wir aus folgender Stelle sehen.

> Fr. 6 pr. de lib. et post. (Ulpian.) — Sed est quaesitum, an is, qui generare facile non possit, postumum heredem facere possit, et scribit Cassius et Javolenus, posse; nam et uxorem ducere et adoptare potest. Spadonem quoque posse postumum heredem scribere, et Labeo et

---

7) Fr. 132. pr. de verb. obl.

Cassius scribunt, quoniam nec aetas nec sterilitas ei rei impedimento est.

Ein spado kann natürlich nur einen juristischen postumus erhalten, während bei dem, qui facile generare non potest, doch die Möglichkeit der physischen Zeugung vorhanden ist. Von Beiden aber wird, mit ausdrücklicher Hervorhebung der Adoption, gesagt, daß die Institution eines solchen juristischen postumus gültig sei. Und das ist eben die Ansicht des Scävola und Papinian.

Daß diese soviel Anhänger hatte, scheint mir lediglich daraus erklärlich, daß die Römer die Exheredationen nicht begünstigten. Aber im Uebrigen ist sie eine halbe Maaßregel. Freilich bestand der eben angeführte Unterschied, zwischen Institution und Exheredation, auf den sich Scävola beruft. Aber was daran Wahres ist, führt von selbst darauf, daß man, um consequent zu sein, noch einen Schritt weiter gehen mußte. Scävola und die Uebrigen fassen offenbar die Institution des später Adoptirten als ein Doppeltes auf, einestheils als Institution eines extraneus, und anderntheils als Berücksichtigung des später erworbenen Notherbenrechts. Beide Punkte haben im Grunde gar Nichts mit einander zu thun [8]), und wenn man einmal der Institution für den künftigen suus heres Bedeutung beilegte, weßhalb soll man denn nicht auch sagen können, daß ebenfalls die Exheredation, wenn sie gleich nicht gegen den fraglichen Menschen als extraneus gerichtet sein kann, doch gegen ihn für die Zukunft, sobald er suus heres werde, Kraft habe. Consequent sind hier doch nur die zwei Ansichten, daß man entweder die Berücksichtigung der juristischen postumi auf die Zukunft hin ganz läugnet, oder daß man sie allgemein zuläßt, und in beiden Fällen Institution und Exheredation gleich behandelt. Es scheint mir daher, wie gesagt, lediglich aus jenem Satze: exheredationes non esse

8) Beides scheiden die Römer sehr genau. In der lex Velleja ist stets das permittit institui und das vetat rumpi zu trennen. Bei einem schon vorhandenen extraneus versteht sich Ersteres von selbst, und nur das Letztere kommt in Betracht, wenn er dann später suus wird. Das Verbot der Ruption folgt gar nicht daraus, daß es erlaubt sei, Jemanden einzusetzen.

adjuvandas, erklärt werden zu können, daß die angegebene Mittelmeinung so viele Anhänger fand.

Deßhalb aber kann es auch gar nicht auffallen, daß es Römische Juristen gab, welche, wenn sie einmal die Ansicht des Gaius verlassen wollten, nun auch geradezu das Umgekehrte sagten, und nicht auf halbem Wege stehen blieben. Diese wandten also das Princip der **lex Velleja** ganz vollständig auf die juristischen **postumi** an [9]). Hieher ist, wie ich nicht anders einsehen kann, Ulpian zu rechnen.

> **XXIII. 2.** und **3.** — **Agnatione (rumpitur testamentum) id est, si suus heres agnascatur, qui neque heres institutus, neque ut oportet exheredatus est. Agnascitur suus heres aut agnascendo, aut adoptando, aut in manum conve-**

9) Freilich ist auch überhaupt streitig, ob die lex **Velleja** für natürliche postumi die Exheredation erlaubt habe. Aber mir scheint dies unbedenklich bejaht werden zu müssen. Allerdings spricht das fr. 29. de lib. et post. immer nur von der Institution, aber man muß bedenken, daß die ganze Frage sich nur darum dreht, ob Jemand jetzt, wo er noch kein Notherbenrecht hat, bereits in Bezug auf die spätere Erwerbung desselben berücksichtigt werden könne. Die Berücksichtigung aber enthält die Alternative der Institution oder Exheredation. Der Kürze wegen sprach man hier bloß von der Institution, und nahm es als sich von selbst verstehend an, daß, was von dieser gelte, auch auf die Exheredation Anwendung finde. — Ganz augenscheinlich geht dies aus Ulpian. **XXII. 19.** hervor, wo bei der lex **Velleja** auch nur von der Institution die Rede ist, aus der dann aber die Möglichkeit der Exheredation (§. **21.**) sich von selbst ergiebt. — Wenn auch die Römer in einzelnen Fällen die Institution mehr begünstigten, als die Exheredation, so waren sie doch wahrlich nicht gemeint, diese Alternative, die ein entschiedenes patrium jus war (fr. **132.** pr. de verb. obl.), zu verwischen. Gegen den ungerechten Gebrauch von Seiten des Vaters, war die querela inoff. ein genügendes Hülfsmittel. — Und was gewinnt man mit jener entgegengesetzten Ansicht? Da doch die Möglichkeit, postumi zu exheredíren, entschieden feststeht, so muß man zu der unwahrscheinlicheren Aushülfe fliehen, daß erst die Juristen hierin die lex **Velleja** erweiternd interpretirt hätten. — Zuletzt muß ich noch an jenes Sct. unter Hadrian erinnern (Gai. **II. 143.**), wo auch ausnahmsweise der juristische postumus nicht rumpiren soll, und hiebei steht die Exheredation der Institution ganz gleich.

niendo, aut in locum sui heredis succedendo .... aut manumissione.

Es scheint mir rein unmöglich, daß Ulpian die Exheredation, welche doch bei den durch Geburt und successio in locum sui heredis Agnascirenden zulässig war, nicht auch auf die zwischendurch genannten Fälle der juristischen postumi habe ausgedehnt wissen wollen. Und dies kann auch nicht durch eine andere Stelle Ulpians widerlegt werden (fr. 8. pr. de inj. rupt.), wo es heißt:

> Verum est, adoptione vel arrogatione filii filiaeve testamentum rumpi, quoniam sui heredis agnatione solet rumpi.

Auf den ersten Blick scheint hier Ulpian die Ansicht des Gaius vorzutragen, aber er sagt ja nicht wie Letzterer: omnimodo rumpitur, und so können wir unbedenklich annehmen, daß er voraussetzt, der adoptatus müsse präterirt sein. Wir haben glücklicher Weise ein sehr frappantes Beispiel einer ganz ähnlichen Redeweise mit derselben Voraussetzung. Tryphonin sagt in fr. 28. §. 1. de lib. et post. ganz allgemein: rumpetur ergo testamentum. Dann aber fügt er hinzu: Sed si institutus vel exheredatus sit, non rumpetur. Und so würden auch wohl Ulpians Worte, wenn wir das Vorausgehende besäßen, woran sie sich anschlossen, allen Schein des Zweifelhaften verlieren. —

Vielleicht ist auch Marcellus derselben Ansicht wie Ulpian gewesen. Bei dem Soldatentestament ist nicht die ausdrückliche Exheredation nöthig, sondern nur der Wille, daß man den Notherben ausschließen wolle. Nun heißt es in fr. 7. und 8. de test. mil.

> Ulpianus. — Qui jure militari testatur, etsi ignoraverit praegnantem uxorem vel non fuit praegnans, hoc tamen animo fuit, ut vellet, quisquis sibi nascetur, exheredem esse, testamentum non rumpitur;
>
> Marcellus. — Idem est, et si arrogaverit filium, neposve successerit in locum filii.

Darin liegt doch die Voraussetzung, daß man überhaupt einen später Arrogirten im Voraus exherediren könne, indem

das Privilegium des Soldaten, soviel ich weiß, nur darin besteht, daß er die Exheredation nicht besonders auszusprechen brauchte. —

Wie steht es nun mit der Behandlung dieser Controverse im Justinianeischen **Corpus juris**? Hiefür werden heutzutage immer nur jene beiden Pandektenstellen von Scävola und Papinian angeführt, und ich finde nirgends bemerkt, daß auch die Stelle des Gaius in die Institutionen recipirt ist[10]). Jedenfalls wird man die Compilatoren nicht wegen zu großer Sorgfalt beloben können, und es ist eigentlich ganz unsicher, welcher Ansicht sie sich zugeneigt haben. In der Institutionenstelle ist freilich das **omnimodo**, welches Gaius vor **rumpitur** noch setzt, gestrichen. Aber dies kann auch bloß geschehen sein, weil der Gegensatz fehlt, um dessentwillen Gaius dies Wort gebraucht. Gaius handelt bis zum §. 137. von den natürlichen **postumi**, für welche die **lex Velleja** galt, und dann gleich im §. 138. von den juristischen **postumi**, auf die er das Princip der **lex Velleja** gar nicht ausgedehnt wissen will. In den Justinianeischen Institutionen aber sind zwischen diese beiden Lehren die Titel 14—16 des zweiten Buchs geschoben worden, und so hatte im §. 1. des siebzehnten Titels das Wort **omnimodo** gar keine Beziehung mehr. Nichtsdestoweniger behalten die stehengebliebenen Worte **testamentum ejus rumpitur** denselben absoluten Sinn, in welchem sie Gaius nahm, und in welchem auch gleich im folgenden § gesagt wird: **posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur.**

Es liegt hier mithin eine Institutionenstelle vor, die überdem noch von den Compilatoren für das damalige Recht der Adoption wesentlich umgebildet worden ist, also nicht wohl aus einem Versehen erklärt werden kann, während dies viel

---

10) §. 1. I. quib. mod. test. infirm. — Rumpitur autem testamentum, quum in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem eum, qui est sui juris, aut per Praetorem secundum nostram constitutionem eum, qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis.

eher sich von den Pandektenstellen des Scävola und Papinian sagen läßt, da überdem jene Stelle von Ulpian (**fr. 8. pr. de inj. rupt.**) in der Justinianeischen Gestalt ganz mit der Ansicht des Gaius übereinstimmt. Man kann also sehr wohl der Meinung das Wort reden, daß Justinian ganz auf dem Standpunkte stehen geblieben sei, den die Gesetzgebung noch unter Hadrian einnahm.

Hält man aber diese Gründe nicht für genügend, so scheint mir dann noch am Ersten Ulpians Ansicht als die Justinianeische angenommen werden zu müssen, obgleich jene Stelle aus den Fragmenten nicht in die Compilation aufgenommen worden ist. Die Stellen, worin uns die Mittelmeinung von Labeo, Cassius, Javolenus, Scävola und Papinian angeführt wird, sprechen ja lediglich von der Institution, die Exheredation wird gar nicht erwähnt. Freilich können wir nun namentlich durch Vergleichung mit Gaius **II. §. 140.** mit ziemlicher Sicherheit annehmen, daß alle diese Juristen die Exheredation der Institution nicht gleichgestellt haben. Aber das kommt doch für die Justinianeische Compilation nicht in Betracht, worin die Exheredation gar nicht besonders hervorgehoben wird. Vielmehr können wir hier nur sagen: da Justinian entschieden anerkennt, daß **postumi** im Voraus instituirt oder exheredirt werden könnten, daß sie nur im Fall der P r ä t e r i t i o n das Testament rumpiren [11]), so haben wir anzunehmen, daß er diese Voraussetzungen, da er nachher bei den juristischen **postumi** nichts Entgegengesetztes sagt, allgemein habe gelten lassen wollen. Den **§. 1. quib. mod. test. infirm.** haben wir mithin so zu interpretiren, daß die **agnatio sui heredis** nur dann rumpirt, wenn dem **§. 1. I. de exher. lib.** gemäß der **postumus** p r ä t e r i r t ist, also ganz ebenso, wie jenes Ulpiansche **fr. 8. de inj. rupt.** schon nach Ulpians eigener Ansicht zu verstehen ist. Dagegen haben wir **fr. 6. pr.**

---

11) §. 1. I. de exher. lib. — Postumi quoque liberi vel heredes i n s t i t u i debent, vel e x h e r e d a r i. E t i n e o p a r o m n i u m c o n d i t i o e s t, quod et filio postumo et quolibet ex ceteris liberis sive feminini sexus, sive masculini p r a e t e r i t o, valet quidem testamentum, sed postea agnatione postumi sive postumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur.

fr. 23. §. 1. de liberis et post. fr. 18. de inj. rupt. auf der einen Seite (worin von der Institution die Rede ist) und **fr. 7. u. 8. de test. militis** auf der anderen Seite (worin Marcellus von der Exheredation spricht) lediglich als Ausflüsse und Anwendungen der allgemeinen Regel zu betrachten, wonach Justinian das Princip der **lex Velleja**, also die Möglichkeit der Institution und Exheredation, vollständig für alle **postumi**, ohne weitere Unterscheidung der physischen und juristischen, hat gelten lassen wollen.

§. 101. Durch das im vorigen § Gesagte sind wir in den Stand gesetzt, das Jahr, in welchem die **lex Velleja** gegeben wurde, genau zu bestimmen.

In den consularischen Fasten finden sich zwei Jahre, das eine unter August (763.), das andere unter Claudius (799.), in denen beiden ein **Junius (Silanus)** und ein **Vellejus (Tutor)** zusammen Consuln waren. In dem ersteren Beide als **suffecti**. — Danach tritt Mühlenbruch den Worten Schraders in der Institutionenausgabe bei: **quando haec lex lata sit, parum constat**, während die meisten Schriftsteller sich für das Jahr 763. entscheiden, aus Gründen, die freilich wenig darthun. Der bisher übersehene Beweis aber, daß in der That das Gesetz unter Augustus gegeben sein muß, liegt in dem schon citirten **fr. 6. pr. de lib. et post.** Denn Labeo nahm bereits an, daß ein **spado** einen **postumus** instituiren könne, weil er adoptiren darf, und dies ist eben die Ausdehnung des Princips der **lex Velleja** auf die juristischen **postumi**, mithin muß das Gesetz in die Lebenszeit dieses Juristen gesetzt werden.

Vergleichen wir nun damit die Data, welche uns für die Entstehungszeit der **c. t. b. p.** aufbewahrt worden sind. Man hat sich hiebei vielfach auf Punkte berufen, deren Beweiskraft ich in keiner Weise anerkennen kann.

Es wird nämlich von vielen Schriftstellern das Bestehen dieses Institutes schon gegen das Ende der Republik hin angenommen. Förster [1]), der sich auf Sartorius [2]) beruft, führt

1) l. c. p. 142.

2) Diss. de bon. possessione, quam c. t. parentum liberi agno-

als Grund dafür an, daß das **Carb. edictum**, welches sich doch hauptsächlich auf die **c. t. b. p.** stützt, unzweifelhaft bereits in dieser Zeit bestanden habe.

Die Gründe, welche Sartorius für diese Behauptung hat, kenne ich nicht [3]), aber es läßt sich dieselbe vollkommen zugeben, ohne daß daraus für das Bestehen der **c. t.** das Geringste folgte. Das im §. 80. Gesagte führt dies von selbst mit sich. Das **Carb. edictum** ist ein Recht derselben **liberi**, welchen auch die **c. t.** zusteht. Aber die letztere erscheint gar nicht die nothwendige Voraussetzung, ohne welche jenes Institut nicht denkbar wäre. Beide sind eigenthümliche Rechte der **sui**, und es verstand sich ziemlich von selbst, daß seitdem eine **c. t. b. p.** bestand, das **Carbonianum edictum**, mag es nun schon vorher existirt haben oder nicht, daran angelehnt, oder wie Ulpian sagt, der **c. t. b. p.** angepaßt wurde [4]).

Ein fernerer Grund, daß die **c. t.** bereits zu Ciceros Zeit bestanden habe, wird von Huschke [5]) darin gefunden, daß theils die **missio ventris nomine**, theils die **c. t. b. p.** des Patrons zu dieser Zeit entschieden schon eingeführt waren. Aber von dem ersteren Institute gilt noch mehr das, was ich eben vom **Carbonianum edictum** sagte (s. §. 79.), denn hier ist ja gar nicht einmal jene auch nur formelle Verbindung mit der **prima pars edicti** in den Quellen vorhanden.

Was aber die **b. p.** des Patrons betrifft, so ruht diese auf so ganz von Grund aus verschiedenen Principien, daß wegen der Gleichheit des Namens durchaus nicht aus dem Bestehen des einen Instituts auf das des anderen geschlossen werden kann. Ich werde auf dies Recht des Patrons noch bei einer anderen Gelegenheit zurückkommen müssen. Ueberdem

---

scunt. Lips. 1775. Mir ist diese Schrift, trotz vielfacher Nachforschungen, nicht zugänglich gewesen.

3) Wenn es nicht der ist, daß Labeo die Carboniana b. p. bereits kennt. Fr. 9. de Carb. ed.

4) Fr. 3. pr. de Carb. ed. — Carbonianum edictum aptatum est ad c. t. b. p. et intestati, quum et in sec. tab. in quibusdam casibus possit videri necessarium edictum.

5) Richtersche Jahrb. 1839. I. S. 18.

kennen wir ja auch das Edict über die b. p. in der Gestalt, die es zu Ciceros Zeit hatte, und diese scheint mir, wie bereits im ersten Bande hervorgehoben wurde, mit der gleichzeitigen Existenz der c. t. b. p. völlig unvereinbar.

Hiernach bleibt nur ein einziger sicherer Anhaltspunkt für die Entstehungszeit der c. t. b. p. übrig, nämlich der, daß Labeo dies Institut bereits entschieden gekannt hat [6]). Huschke will freilich daraus auf eine noch frühere Zeit zurückschließen, da sie bei diesem Juristen bereits „als etwas Bekanntes, und schon mit einer Ausdehnung" vorkomme. Die Worte der angeführten Stelle lauten nämlich folgendermaßen:

> **In adoptionem datos filios non summoveri Praetor voluit, modo heredes instituti sint. Et hoc justissime eum fecisse, Labeo ait, nec enim in totum extranei sunt.**

Daß die c. t., seitdem sie überhaupt im Edict proponirt war, von Labeo als etwas Bekanntes erwähnt wird, kann uns freilich, wie von jedem anderen Satze des Edicts, nicht Wunder nehmen. Daß aber hier schon von einer Ausdehnung der c. t. die Rede sei, muß ich läugnen. Sie wurde eingeführt, um die Accrescenzerben gegen die **extranei** zu begünstigen, unter den **sui** aber eine gleichmäßige Vertheilung der Erbschaft herzustellen. Die Frage also, wen man zu den **extranei**, oder umgekehrt zu den **sui** zählen solle, mußte sich gleich zuerst aufdrängen; und in dieser Weise mußte, wie ich bereits im vorigen Kapitel ausgeführt habe, der in **adoptionem dati** sogut wie der **emancipati** gleich von Anfang an gedacht werden. Die Einführung der c. t. fällt schon in die Blüthe der Römischen Jurisprudenz, und da kann es uns doch nicht wundern, daß in dem Institute gleich mit gehöriger Ueberlegung Alles das aufgenommen wurde, was bei dem Zwecke, um dessentwillen man es aufstellte, und bei einem etwas geübten juristischen Nachdenken unmöglich übersehen werden konnte. Ist doch auch Labeos Ausspruch eben nur ein Lob, daß der Prätor sein Princip richtig auch bei den in **adopt. dati** durchgeführt habe, und dazu konnte der Jurist gerade bei einem erst neuer-

---

6) **Fr. 8. §. 11. de b. p. c. t.**

dings eingeführten Institute am leichtesten veranlaßt werden. —

Ziehen wir jetzt den Schluß, so findet sich also, daß Labeo die **lex Velleja** und die **c. t. b. p.** bereits beide gekannt hat; und nur für den Lebenskreis dieses Mannes ist es ungewiß, welches Institut das frühere sei. So steht denn auch nichts entgegen, in Folge der eben angegebenen inneren Gründe anzunehmen, daß die **lex Velleja** das vorangehende war, auf welche die **c. t.** sehr bald gefolgt sein kann.

Ist es zu verwundern, wenn in der damaligen Zeit, wo man wahrlich im Stande war, Mängel des Rechtszustandes bald zu entdecken, in dem Kopfe eines klugen und billigen Prätors alsbald ein Rechtsinstitut ausgedacht wurde, welches er auch ins Leben einzuführen nicht zu zögern brauchte, da er weder über den Beifall des Volks noch der Juristen in Zweifel sein konnte. Es würde unnatürlich sein, anzunehmen, daß nicht bedeutende damals lebende Juristen, wenn sie nicht selbst Prätoren wurden, doch von den dazu Erwählten zur Berathung des aufzustellenden Edicts hinzugezogen worden wären, und daß sie nicht das aufgestellte alsbald der weiteren wissenschaftlichen Critik unterworfen hätten. Es ist, wie ich schon hervorhob, eine und dieselbe Rechtsentwicklung, daß man von der einen Seite das Notherbenrecht der **postumi** beschränkte, von der anderen Seite das der Accrescenzerben erweiterte, damit ein im Wesentlichen gleiches Notherbenrecht allen **sui heredes** zu Theil werde. Die geringe Zeit, welche zwischen den **postumi Aquiliani** und **Vellejani** liegt, überhaupt der Umstand, daß man diesen Gegenstand eines eigenen Volksschlusses werth hielt, zeigt wie viel Werth die Römer auf diese Rechtsentwicklung [7]) gelegt haben. Und so mag die **c. t.** in noch kürzerer Zeit der **lex Velleja** gefolgt sein, als diese sich an die Formel des Gallus Aquilius anschloß.

§. 102. Es bleibt nun noch die genauere Untersuchung

---

7) Die doch so rein privatrechtlich ist, während man im Allgemeinen leges nur findet, wo noch ein öffentliches Interesse hinzukam. Puchta Cursus der Inst. I. S. 285.

übrig, welches Ursprunges jene Regel gewesen sein möge, daß man die Kinder männlichen Geschlechtes **nominatim**, die Weiber dagegen nur **inter ceteros** zu exherediren habe [1]).

Wir müssen freilich immer vor Augen behalten, daß sie möglicherweise zuerst vom Prätor in der **c. t.** aufgestellt wurde; und dann erst von dieser auf das Recht der **postumi** übertragen ist. Freilich folgt daraus noch keineswegs mit Nothwendigkeit, daß nun auch die **c. t.** vor der **lex Velleja** schon bestanden haben müsse. Es ist vollkommen denkbar, daß das Recht der **postumi**, wie jenes Gesetz es regulirte, die Veranlassung des Prätorischen Institutes wurde, man aber anfangs bei den **postumi** ebensogut wie bei den **sui jam nati** den Sohn allen Uebrigen entgegensetzte, und erst mit der Zeit jene Berücksichtigungsvorschrift aus dem Prätorischen Recht auch für das Civilrecht adoptirte.

Aber auch dies ist mir nicht wahrscheinlich. Die Quellen enthalten nicht die geringste Andeutung, daß wir hier das Prätorische Recht als das Vorbild, das Civilrecht als die Nachahmung aufzufassen hätten, und so ist es denn schon von vorn herein das am nächsten Liegende, daß wenn sich überhaupt nicht wohl denken läßt, wie man vor der **lex Velleja** auf die **c. t.** hätte kommen können, nun auch jener specielle neue Rechtssatz in dem Gesetze seine Wurzel haben müsse. Und hierauf führen uns auch in der That die Quellenaussprüche, die aber freilich, wenn man sie alle in vollkommenen Einklang mit einander bringen will, ganz eigenthümliche Schwierigkeiten darbieten, so daß von einer vollen Sicherheit wohl bei keinerlei Meinung die Rede sein kann.

Es ist eine sehr bekannte Ansicht, daß die **lex Velleja** sich überhaupt nur auf **postumi** männlichen Geschlechts bezogen habe, weil in der damaligen Zeit das testamentarische Erbrecht in Gemäßheit der **lex Voconia** den Frauen versagt gewesen sei [2]). Wenn dies richtig ist, so leuchtet es ein, daß auch die **c. t. b. p.**, welche ja in dieselbe Zeit fällt, ebenfalls nur männlichen Accrescenzerben zugestanden haben könne. Die

---

1) Gai. II. 132. Ulp. XXII. 21. 22.

2) Francke a. a. O. S. 31. Note 38. Mühlenbruch a. a. O. S. 214.

Frage betrifft also direct auch das Institut der **b. p.**, obgleich man sie freilich in Bezug auf diese nicht gerade besonders besprochen hat. Es würde also, wenn wirklich anfangs die **c. t.** so beschränkt gewesen wäre, zu untersuchen sein, durch welche Gründe sie dann auch auf die weiblichen Accrescenzerben ausgedehnt worden, in welcher Gestalt sie uns von Gaius (**II. 124. 125.**) vorgetragen wird.

Die hauptsächliche Veranlassung zu der Ansicht, daß wegen der **lex Voconia** die **Velleja** auf männliche **postumi** beschränkt gewesen sei, haben die Worte der letzteren gegeben, welche Scävola in **fr. 29. §. 12. de lib. et post.** in abgerissener Art citirt. Der Jurist will hier nämlich darthun, daß nach dem ersten Kapitel der **lex Velleja** Jeder instituirt werden kann, der **vivente testatore** als dessen **suus heres** geboren wird, wenn er auch, zur Zeit der Testamentserrichtung geboren, nicht sogleich **suus heres** geworden wäre. Scävola beruft sich hiefür auf die allgemeinen Ausdrücke des Gesetzes:

> **Qui testamentum faciet, is omnes virilis sexus, qui ei sui heredes futuri erunt. . . .**

Während dem Scävola daran liegt, die Worte: **qui ei sui heredes futuri erunt** hervorzuheben, so interessirt uns hier die Frage, welcher Schlußsatz sich in der **lex Velleja** an die nebenbei mit angeführten Worte: **is omnes virilis sexus** geknüpft haben möge. Aus Scävolas Deduction ist offenbar hiefür nichts zu entnehmen, da er den uns interessirenden Passus gar nicht zu erklären die Absicht hat. Es müßte also erst aus anderen Gründen dargethan werden, daß derselbe eine Beziehung auf die **lex Voconia** enthält, so daß er nicht wohl umgekehrt gleich zur Bestätigung der Ansicht benutzt werden kann, es sei damals noch immer nicht die Erbeinsetzung der eigenen Tochter gestattet gewesen [3]).

Ebensogut nämlich, wie die fraglichen Worte auf die **lex Voconia** gedeutet werden können, lassen sie sich jedenfalls auch auf unsere Berücksichtigungsvorschrift beziehen, wie dies schon Cujacius angenommen hat [4]). Und an und für sich müßten

---

3) So schließt Mühlenbruch a. a. O.

4) Comm. ad tit. D. de lib. et post. ad l. 4. u. 29.

wir beide Deutungen als möglich dahin gestellt sein lassen, wenn nicht besondere Gründe hinzukämen, welche der letzteren den Vorzug geben.

Es ist vorerst nicht außer Acht zu lassen, daß die **lex Voconia** nur ein singuläres Gesetz war, während durch die **lex Velleja** ein **jus commune** eingeführt wurde. Jene bezog sich nämlich nur auf die Testamente der in die erste Census-klasse eingeschriebenen Bürger. Wenn nun auch die **lex Velleja** für diesen Fall die weiblichen **postumi** ausschloß, so mußte sie doch auf die übrigen Censusklassen ebenfalls Rücksicht nehmen, und für diese kann natürlich jetzt bereits der Unterschied zwischen männlichen und weiblichen Geschlechts eingeführt worden sein, so daß die Gegner doch immer die Möglichkeit zugeben müssen, daß in den angeführten Worten der **lex Velleja** von dieser Berücksichtigungsvorschrift und nicht von der **lex Voconia** die Rede war. — Aber es kommt noch ein anderer Umstand hinzu, auf den bereits Cujacius aufmerksam macht. Es wird gewiß allgemein zugegeben werden, daß die Formel des Aquilius Gallus, welche der **lex Velleja** vorausging, keine größere Ausdehnung gehabt haben kann, als diese letztere; denn Aquilius mußte doch auf dem bestehenden Rechte fußen, und wenn die **lex Voconia** zu seiner Zeit noch für die Kinder galt, so konnte er unmöglich seine Formel so allgemein fassen, wie er es gethan hat: **sive quis mihi nepos, sive quae neptis** 5). Eine Interpolation der Compilatoren, wodurch die Rücksichtnahme auf die **lex Voconia** gestrichen worden wäre, ist doch bisher noch nicht vermuthet, und auch nicht wahrscheinlich.

Hiernach müssen wir also wohl annehmen, daß zur Zeit der **lex Velleja** die Einsetzung der weiblichen Descendenten überhaupt möglich, mithin in diesem Punkte die **Voconia** antiquirt war. Und damit stimmt denn überein, daß wir so gar keine Spuren haben, die **c. t.** sei nicht gleich von Anfang an für alle Accrescenzerben, auch die **filiae** und **neptes**, eingeführt worden. Gaius hebt bei der Darstellung des Accrescenzerbrechtes, das dann, wie er hinzufügt, durch die **c. t.**

---

5) Fr. 29. pr. de lib. et post.

b. p. verbessert wurde, die filia ganz besonders hervor, und danach ist es nicht glaublich, daß zur Zeit, als die c. t. eingeführt ward, dies Accrescenzerbrecht den Weibern noch gar nicht zugestanden hätte, also die c. t. nur für die nepotes aufgestellt, und erst später auf filiae und neptes ausgedehnt worden wäre. Bestand aber für diese schon zur Zeit des Augustus das Accrescenzerbrecht, so können natürlich auch die Beschränkungen der lex Voconia damals nicht mehr gegolten haben [6]. —

Aus den angeführten Gründen folgt, daß wir jenen fragmentarischen Satz der lex Velleja auf die Vorschrift, alle postumi männlichen Geschlechts nominatim zu exherediren, beziehen müssen. Und dies stimmt nun auch mit einzelnen Aussprüchen der Quellen zusammen, welche diese Vorschrift der lex Velleja ganz entschieden zuschreiben [7]. Aber so einfach, wie die Sache Manchem in Folge dessen geschienen hat [8], ist sie nun doch nicht. Es giebt nämlich noch andere Stellen, die eine directe Zurückführung unseres Satzes auf klare Worte der lex Velleja ganz unmöglich machen. Ulpian läßt die Vorschrift der namentlichen Exheredation entschieden nur für

6) Ich kann auf die lex Voconia selbst hier nicht weiter eingehen. Vielleicht hat das Institut der partitio legata, auf deren Zusammenhang mit der l. Vocon. Bachofen aufmerksam gemacht hat, den Anlaß zur Entstehung des Accrescenzerbrechtes gegeben. Es war Sitte, den Töchtern in Concurrenz, mit anderen Geschwistern einen Viriltheil zu legiren, extranei gegenüber konnten sie nach der lex Voconia nur die Hälfte bekommen. Nun lag es nicht fern, da es sich doch um eine Quote der Erbschaft handelte, den Charakter des Legats abzustreifen, und diese Quote, auch wenn sie präterirt waren, als ihnen hinterlassen zu fingiren. Das ist aber grade jenes Accrescenzerbrecht, worin man nun leicht die nepotes der filia gleich behandeln konnte, da Beide ja auch in Bezug auf das Verkaufsrecht sich gleich, und dem Sohne, der dreimal verkauft werden mußte, gegenüber standen.

7) Fr. 3. §. 1. de inj. rupt. §. 2. I. in fin. de exhered. lib.

8) Winkler de lege Junia Velleja (opusc. I. p. 277.) restituirt den Satz folgendermaßen: qui testamentum faciet, is omnes virilis sexus, qui ei sui heredes futuri erunt, instituendi vel nominatim exheredandi potestatem habeto.

den **filius postumus** gelten, während er sie für die übrigen **masculi postumi** nur zweifelnd hinstellt.

XXII. 22. Nepotes et pronepotes ceterique masculi postumi praeter filium vel nominatim vel inter ceteros cum adjectione legati sunt exheredandi: sed tutius est tamen nominatim eos exheredari, et id observatur magis.

Ulpian könnte gar nicht so sprechen, wenn eine klare gesetzliche Vorschrift vorhanden gewesen wäre. Es war vielmehr Gewohnheitsrecht, auf welche sich die Gleichstellung der **nepotes** mit den Söhnen direct stützt. Ganz dasselbe beweist auch Gaius, der hier wohl unbedenklich aus den Justinianeischen Institutionen restituirt werden darf:

II. 132. Masculos vero postumos, id est filium et deinceps, placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredentur.

Man sieht, es war die gemeinsame Ueberzeugung der Juristen (**placuit**), wonach der Enkel nicht schlechter stehen sollte als der Sohn, und wir können auch wohl nicht zweifeln, daß dies zur ganz feststehenden Praxis wurde. Ulpians Worte scheinen dem freilich entgegenzustehen, aber seine Ausdrucksweise ist mehr dem Scheine als der Sache nach von Gaius verschieden. Er meint, eigentlich müsse doch für die **postumi** derselbe Unterschied zwischen dem **filius** und den Uebrigen wie bei den **jam nati** bestehen, aber dennoch sei es räthlicher, sich nicht hiernach zu richten, und die Worte: **et id observatur magis** haben wohl keinen schwächeren Sinn, als das **placuit** des Gaius, d. h. es war ganz anerkannte Praxis, wie dies auch Ulpian in einer anderen Stelle unzweideutig ausspricht.

Fr. 3. pr. de inj. rupt. Postumi per virilem sexum descendentes ad similitudinem filiorum nominatim exheredandi sunt, ne testamentum agnascendo rumpant.

Diese Stelle muß freilich, wie schon Cujacius bemerkt, wegen der **l. 4. C. de lib. praet.** darin interpolirt sein, daß man **postumi per virilem sexum descendentes** für **postumi virilis sexus** setzte, welches Letztere Ulpian lediglich

geschrieben haben kann. Im Uebrigen aber sehen wir deutlich daraus, daß Ulpian ebenso wie Gaius die Vorschrift der namentlichen Exheredation für **nepotes** als etwas durchaus Feststehendes betrachtete.

Wie lassen sich alle diese widerstrebenden Andeutungen der Quellen vereinigen? Wir haben ein Bruchstück der **lex Velleja** selbst, welches nicht wohl von etwas Anderem als der namentlichen Exheredation der **postumi** männlichen Geschlechts geredet haben kann, es bezeugen außerdem mehrere Stellen, daß die **lex Velleja** eine derartige Bestimmung enthalten habe, und doch soll sie nun nach anderen durch Gewohnheitsrecht, durch die Uebereinstimmung der Juristen hervorgerufen sein? Es scheint sich dies schwer mit einander zu reimen, aber dennoch ist eine lösende Antwort, bei der alle Aussprüche der Quellen ihr Recht behalten, möglich. Dies wird aus Folgendem sich ergeben.

Mühlenbruch nimmt an [9]), daß im ersten Kapitel der **lex Velleja**, in welchem jedenfalls die Worte: **is omnes virilis sexus** standen, keine Bestimmung über Exheredation enthalten sein konnte. Aber dies kann ich nicht zugeben. Allerdings unterscheidet Scävola beide Kapitel so, daß die **lex** im ersten »**permittit ut liceat instituti**«, im zweiten dagegen »**non permittit institui sed vetat rumpi**«. Der Gegensatz ist also der, daß die Bestimmungen der **lex** im ersten Kapitel positiv, im zweiten negativ sind. Aber darin liegt nicht, daß im ersten Kapitel nicht auch von der Exheredation die Rede habe sein können, ja müssen, wenn die positiven Bestimmungen vollständig sein sollten; und ich kann keineswegs finden, daß Scävola im **fr. 29. §. 12. cit.** so recht geflissentlich nur von der Institution gesprochen habe, indem der Jurist hier gar nicht von dieser im Gegensatz der Exheredation redet, sondern von der Zeit, wann der **filius** weggefallen sein müsse, damit der **nepos** gehörig berücksichtigt scheine.

Man muß nur, wie ich schon oben bemerkte, (§. 100. Note 9.) bedenken, daß die Juristen gar kein Interesse hatten, noch besonders die Exheredation zu erwähnen, da es allgemein

---

9) a. a. O. S. 212.

auf die Frage ankam, ob **postumi** berücksichtigt werden konnten, und unter dieser Voraussetzung fand man es unnöthig, noch immer ausdrücklich die Exheredation der Institution für gleichartig zu erklären. Anders aber mußte man bei der Fassung der **lex** selbst verfahren, in der sonst eine Undeutlichkeit gelegen hätte, welche vermeiden zu müssen, doch so sehr nahe lag.

Dieses Beides, sowohl die Darstellungsart der Juristen, als die davon abweichende Fassung der **lex**, geht aus **fr. 29. §. 6. cit.** hervor, wo offenbar aus dem ersten Kapitel argumentirt wird.

> **Melius ergo est, ut in ejusmodi utilitate, praesertim post legem Vellejam, quae et multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscunque casibus post mortem natus suus esset, rumperetque praeteritus.**

Der Jurist setzt hier die Institution der Präterition entgegen, ohne der dritten Möglichkeit, der Exheredation, zu gedenken, und diese kann unmöglich mit in der Präterition begriffen sein, er muß sie also für ganz gleichartig mit der Institution gehalten haben. Von der anderen Seite aber könnte der Jurist nicht so entschieden von der Ruption durch Präterition sprechen, wenn nicht das erste Kapitel der **lex Velleja** nur noch in diesem Falle die Vernichtung des Testamentes anerkannt, also umgekehrt die Institution und Exheredation erlaubt hätte. Wir dürfen mithin annehmen, daß der Jurist, wenn er die Ansicht gehabt hätte, vollständig zu sprechen, gesagt haben würde: **lex permittit, ut liceat institui vel exheredari.**

Außerdem scheint es mir kaum zweifelhaft, daß die **lex Velleja** in beiden Kapiteln noch den Satz enthalten habe, daß die **postumae inter ceteros** exheredirt werden könnten, sobald ihnen nur etwas legirt werde. Justinians Institutionen nämlich, und also auch wohl Gaius, tragen den Satz doppelt vor, sowohl für die, welche gleich bei ihrer Geburt sui sind, als

auch die, welche in locum sui heredis succediren. Und es geschieht mit besonderer Beziehung auf die lex Velleja [10]).

Hiernach mögen in dem ersten Kapitel der lex Velleja folgende zwei Sätze enthalten gewesen sein. Wie die Worte derselben gelautet, und ob sie in der Weise, wie ich es hier angebe, nebeneinander gestanden haben, dafür haben wir gar keine Anhaltspunkte. Es kommt mir also nur darauf an, den Sinn der Sätze anzugeben.

> Wer ein Testament macht, soll alle postumi männlichen Geschlechtes, welche ihm sui heredes sein werden, instituiren oder exherediren dürfen. Den postumae muß, wenn sie nicht instituirt oder nominatim exheredirt sind, wenigstens etwas legirt werden.

Bei einer solchen Fassung erklären sich unsere Quellenaussprüche vollkommen. Es lag danach in der lex Velleja eine Undeutlichkeit, welcher durch die Interpretation der Juristen abgeholfen werden mußte. Von der namentlichen Exheredation war nur in Beziehung auf postumae ausdrücklich die Rede. Und so konnte Ulpian sagen, daß bei dem männlichen Geschlechte der Sohn und die nepotes eigentlich ebenso, wie wenn sie schon geboren waren, zu unterscheiden seien. Die allgemein überwiegende und auch sehr gut zu rechtfertigende Ansicht blieb aber doch, daß, da die lex Velleja nur bei den postumae ein inter ceteros exheredare erwähne, und nur unter der Voraussetzung einer Honorirung durch Legat erlaube, dies bei allen postumi männlichen Geschlechts nach dem Sinne des Gesetzes für unzulässig zu halten sei.

Wenn daher dieser Satz direct durch Uebereinstimmung der

10) Gai. II. 132. 134. §. 1. u. 2. I. de exher. liber. — Idque lege Junia Velleja provisum est, in qua simul exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur. Es ist hier vom zweiten Kapitel die Rede, und indem uns bezeugt wird, daß man hier bei den quasi postumi auf die Exheredationsart der postumi verwiesen habe, so folgt doch auch, daß bereits im ersten Kapitel von der Exheredation und dem modus exheredationis (d. h. der Frage ob nominatim zu exherediren sei oder nicht) die Rede war.

Juristen festgestellt worden ist (placuit), so ruht er doch ganz auf einer Interpretation der lex Velleja, und deßhalb konnte Ulpian sehr wohl, ohne sich zu widersprechen, an einem anderen Orte sich so aussprechen, als wenn er ausdrücklich in dem Gesetze angeordnet worden wäre:

> **Fr. 3. §. 1. de inj. rupto. — Sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur, ita demum per legem Vellejam rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exheredati.**

Daß Ulpian hier von den **postumi virilis sexus** redet, habe ich vorher schon bei der Mittheilung des Principiums dieses Fragments bemerkt. —

Ziehen wir nun das Resultat, um dessentwillen die in diesem §. enthaltene Untersuchung angestellt wurde. Wenn auch sich darüber nicht volle Sicherheit gewinnen läßt, wie die **lex Velleja** gesprochen habe, so scheint mir doch so viel nach dem Gesagten unläugbar, daß die Römer die namentliche Exheredation der männlichen **postumi** aus diesem Gesetze abgeleitet haben, daß für eine Entlehnung des Satzes aus dem Prätorischen Rechte gar keine Anhaltspunkte bestehen. Es bleibt daher nur die umgekehrte Annahme möglich, daß der Prätor sich auch hierin für seine **c. t. b. p.**, indem er die **lex Velleja** so interpretirte, wie sämmtliche Juristen, an das Civilrecht anlehnte. Und somit sind wir im Stande, den historischen Zusammenhang, in welchen die **c. t. b. p.** eingriff, mit wenigen Worten hier am Schlusse zusammenzustellen:

Die **sui** waren in der Zeit des Augustus sämmtlich unter gleiche Regeln des Notherbenrechts vereinigt worden. Die Institution und Exheredation ist nicht bloß bei den schon Vorhandenen, sondern auch den später Geborenen möglich, in Beziehung auf die bedingte Institution blieben freilich Verschiedenheiten, rücksichtlich der namentlichen Exheredation aber wurde die Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts, wie sie von jeher zwischen schon lebenden **filii** und **filiae** bestanden hatte, auf alle **sui** sowie auch die fingirten **sui** übertragen. Die Wirkungen der Präterition waren ebenfalls für sämmtliche **liberi** im Wesentlichen gleichartig geworden, indem wenn nicht wahre Intestatsuccession, doch wenig-

stens nach dem Bilde derselben eine in den materiellen Folgen gleiche Beerbung eintrat.

II. Die b. p. unde liberi.

§. 103. Zur Zeit, als die c. t. b. p. eingeführt wurde, bestand die Prätorische Intestaterbfolge aus den Klassen der legitimi (mit den Unterabtheilungen der sui, agnati und gentiles), ferner der cognati und endlich der Ehegatten. Als nun der Prätor die Emancipirten neben den sui zur selbständigen c. t. hinzuzog, erkannte er damit an, daß, indem er ihre cap. diminutio als nicht geschehen fingirte, sie gleiches Recht haben sollten, wie er den Accrescenzerben zugestanden, d. h., daß sie neben den sui an einer Succession Theil nahmen, welche der Intestaterbfolge materiell gleichstehende Befugnisse gewährte. Wenn also hier der Prätor im Gebiete des Notherbenrechts die emancipati der Intestaterbfolge annäherte, so mußte er doch nothwendig, wenn irgend eine Gleichmäßigkeit des Rechts vorhanden sein sollte, auch beim Nichtvorhandensein eines Testaments ihnen dieselben Rechte gewähren, welche bereits von Alters her den sui zugestanden hatten.

Also die Berufung der emancipati zur c. t. zog nothwendig auch ihr Intestaterbfolgerecht nach sich [1]), es ist gewissermaßen eine und dieselbe Rechtsänderung, welche sehr wohl zugleich mit jener Erweiterung der c. t. ins Edict aufgenommen sein kann, sowie es denn überhaupt das Grundprincip ist, daß alle Successionsregeln der c. t. b. p., namentlich die besonderen daran sich anschließenden Nebeninstitute [2]), von selbst auch bei der b. p. unde liberi statt finden. Deßhalb heißt es in fr. 1. §. 5. si tab. test. null.:

---

1) Dies ruht ebenso, wie die c. t., auf der Rescission der emancipatio. fr. 6. §. 1. de b. p.

2) Das Carbonianum edictum fr. 1. §. 4. si tab. t. null., die Collationspflicht der emancipati, fr. 6. si tab. t. null. fr. 20. §. 1. de b. p. c. t., die nova clausula fr. 5. pr. §. 2. si tab. testam. nullae. — Auch sind die Regeln, wen man hier unter dem emancipatus verstehe, dieselben wie bei der c. t. fr. 1. §. 6. u. 7. fr. 4. fr. 5. §. 1. fr. 9. si tab. test. null.

Recte autem Praetor a liberis initium fecit ab intestato successionis, ut sicuti contra tabulas ipsis defert, ita et ab intestato ipsos vocet. §. 6. Liberos autem accipere debemus, quos ad c. t. b. p. admittendos diximus.

Wir können also hiernach auch nicht zweifeln, daß wir die **b. p. unde liberi** als eine Folge der **c. t. b. p.** aufzufassen haben, während nicht umgekehrt die **c. t.**, die ja gar nicht für Emancipirte eingeführt wurde, durch die **b. p unde liberi** hervorgerufen sein kann. Die **c. t.** der Accrescenzerben hat mit der neuen Prätorischen Intestatklasse gar nichts zu thun, erst in der Erweiterung der **c. t.** auf die Emancipirten liegt ihr Veranlassungsgrund.

So viel haben wir, wie mich dünkt, als unzweifelhaft anzunehmen, im Uebrigen aber fehlen uns für die genauere historische Verbindung beider Institute alle Anhaltspunkte, und es kommt auch im Grunde darauf wenig an. Ob die **c. t.** der Emancipirten früher eingeführt wurde als die **b. p. unde liberi**, ob beide zugleich entstanden sind, wissen wir nicht. Ja es wäre auch denkbar, daß der Prätor zuerst bei der Intestatsuccession auf die Gleichstellung der **emancipati** mit den **sui** kam, daß er dies dann auch auf das Notherbenrecht erstreckte, und nun erst durch Uebertragung der für die **c. t.** bestehenden Rechtsgrundsätze die **b. p. unde liberi** die Gestalt bekam, welche unsere Quellen uns darlegen. Jedenfalls bleibt dabei immer der Satz bestehen, daß die **c. t.** das Vorbild ist, aus dem man die innere Gestaltung der neuen Klasse entnahm.

Aber so sehr auch das Notherbenrecht und die Intestaterbfolge der **emancipati** innerlich auf demselben Principe ruhen, so mußte doch die äußere Form ihrer Einfügung in das Prätorische Erbsystem durchaus verschieden sein.

Die **c. t. b. p.** war ein Prätorisches Institut, das von Anfang an einer Erweiterung nicht entgegenstand, so daß, als die Emancipirten den Accrescenzerben hinzugefügt wurden, man sehr natürlich diese Erweiterung durchaus nicht als ein neues Institut, eine neue Klasse, sondern als subjective Ausdehnung der bereits bestehenden Regeln ansah. Ganz anders aber mußte sich die Sache gestalten, als nun auch in der Intestat-

erbfolge die Gleichstellung der **emancipati** mit den **sui** bewirkt werden sollte.

Die erste Klasse, welche der Prätor bisher berief, waren allerdings die **sui**, und man könnte glauben, er habe nur diese Klasse in die der **liberi** zu erweitern brauchen, um die **emancipati** hinzuzuziehen. Aber nach dem Römischen Gesichtspunkte mußte dies als durchaus unmöglich erscheinen. — Diese erste Klasse wurde ja vom Prätor als erste Klasse des alten Civilrechts gerufen [3]), ganz so, wie auch die anderen beiden Klassen des **ordo unde legitimi**, die Agnaten und Gentilen, streng nach dem Rechte der 12 Tafeln die **b. p.** erhielten. Ebensogut wie es nun dem Prätor nach unserer obigen Darstellung unmöglich war, die Klasse der Agnaten zu erweitern, und darin auch die entfernteren Agnaten succediren zu lassen, wie er daher für die Letzteren eine eigene Klasse, den **ordo unde cognati** errichten mußte, so war auch für die **emancipati**, die unter den **legitimi** niemals eine Stelle finden konnten, kein anderes Mittel, als eine neue Klasse zu schaffen. Diese ließ sich aber nicht hinter den **sui** einschieben, weil sonst keine Gleichstellung der **sui** und **emancipati** bewirkt worden wäre, noch auch vor der Klasse der **sui** sich wenigstens in der Art aufstellen, daß darin die **emancipati** allein berufen wären, weil diese ja sonst wieder die **sui** hätten ausschließen können. So blieb mithin kein anderer Ausweg, als unter dem Gesichtspunkte der **liberi** die **sui** und **emancipati** gemeinschaftlich in einer dem **ordo unde legitimi** vorausgehenden Klasse zu rufen, welche also lediglich um der **emancipati** willen eingeführt ist, welche aber, um diesen weder ein besseres noch ein schlechteres Recht zu gewähren, nothwendig die Eigenthümlichkeit mit sich führen mußte, daß die **sui** jetzt zweimal hinter einander gerufen waren [4]). Endlich aber folgt

---

3) Fr. 2. pr. unde legit. — Si repudiaverint sui ab intestato bonorum possessionem, adhuc dicemus, obstare eos legitimis, hoc est his, quibus legitima potuit deferri hereditas (der Jurist bezeichnet damit etwas unbeholfen die Agnaten), idcirco, quia repudiando quasi liberi bonorum possessionem, hanc incipiunt habere quasi legitimi. fr. 6. §. 2. de Carb. ed.

4) Auffallend ist hier fr. 1. pr. quis ordo in b. p. serv., wo Mode-

aus dem Gesagten, daß dieser **ordo unde liberi** nur insoweit **impugnandi juris civilis gratia** genannt werden kann, als jetzt den Emancipirten das Recht gegeben war, einestheils mit den **sui** zu concurriren [5]), und anderntheils die **agnati** ganz auszuschließen [6]). —

Das Wesen der **b. p. unde liberi** ist hiemit genügend entwickelt; es bleiben uns noch zwei besondere Fragen, die aber auch mit kurzen Worten beantwortet werden können.

Die eine ist nach den bedingenden und vernichtenden Beweisen dieser Klasse. Es leuchtet ein, daß der Prätor hier ebenso wie bei der **c. t. b. p.** eine Nachweisung im Allgemeinen verlangt haben muß, der Nachsuchende gehöre zu den **liberi** des Verstorbenen (§. 98. Nro. 3.); aber die vielen einzelnen Fragen, die hier über die Gültigkeit der **b. p.** entstehen

---

stin in der ersten Klasse nur die sui erwähnt, während Ulpian in fr. 1. §. 1. si tab. test. nullae sagt, die vier Klassen der Intestatsuccession seien die der liberi, legitimi, cognati, vir et uxor. Modestin thut dies, um hervorzuheben, daß die Emancipirten, welche er im §. 2. noch besonders erwähnt, als fingirte sui succediren. Ebenso haben wir schon gesehen, daß Gaius die Klasse unde liberi ihrem inneren Wesen nach lediglich als Emendation der schon für die sui bestehenden auffaßt (s. §. 68. Note 13.). Daher kam es, daß man nur den ordo unde legitimi, aus dem auch die Gentilen wegfielen, häufig ganz und gar mit der mittleren darin enthaltenen Klasse, der Agnaten, identificirte, weßhalb Gaius III. 27. die Agnatenklasse den secundus gradus nennt, und Julian in fr. 4. §. 1. quis ordo sagt, der filius werde zum zweitenmale (nicht als legitimus, wie es eigentlich heißen müßte, sondern) als agnatus gerufen. An und für sich ist dies nur eine verschiedene Ausdrucksweise, wodurch in der Sache nichts geändert wird. Aber mir scheint dies doch in einer wahren Rechtsänderung seinen Grund zu haben, daß nämlich seit Einführung des ordo unde liberi eine besondere Agnitionsfrist für die sui vor der Agnatenklasse nicht mehr berechnet wurde. Ich werde darauf im fünften Kapitel zurückkommen.

5) Fr. 10. de collat. fr. 3. de dot. coll.

6) Also gegen den scriptus heres hat sie keine Bedeutung, so daß dieser, dem gegen die c. t. b. p. kein Recht zusteht, die b. p. unde liberi zur sine re machen kann. S. das Bd. I. S. 237. erörterte fr. 2. si tab. test. null. — Uebrigens kann auch die b. p. unde liberi als eine c. t. fingirt werden. fr. 5. pr. de dol. coll.

können, weil der b. possessor nicht der Nächste in seiner stirps sei, weil er untergeschoben worden, oder schon vor der Agnition eine status mutatio erlitten habe, dürfen wir ebenso unbedenklich wie bei der c. t. b. p. zu den vernichtenden Beweisen zählen. Von dem letzteren Beispiele zeigt dies ausdrücklich fr. 9. si tab. test. null.:

> Si posteaquam filius emancipatus bonorum possessionem patris petiit, statum suam mutavit, nihil obesse ei, quominus id quod acquisiit, retineat (d. h. die b. p. wird dadurch nicht zur non data); quodsi prius conditionem suum mutavit, b. p. eum petere non posse.

Das prius deutet doch auf die Erbittung der b. p., welche troß einer vorgängigen status mutatio vorgekommen sein kann, und eigentlich sagt der Jurist scheinbar widersinnig: quodsi prius quam petiit b. p. conditionem mutavit, b. p. eum petere non posse. Er will aber offenbar nichts Anderes ausdrücken, als daß, wenn die status mutatio schon bekannt ist, der welcher b. p. nachsuchen will, sie nicht erlangen kann, wogegen, wenn ihm dennoch die b. p. ertheilt worden war, er id quod acquisiit retinere non potest, d. h. die b. p. als nicht ertheilt angesehen wird.

Außerdem bestand für die Ertheilung der b. p. unde liberi noch die Bedingung, daß die vorausgehenden Fristen der b. p. contra und secundum tabulas unbenutzt verstrichen seien, ja auch wohl, daß nicht schon die scripti heredes durch her. aditio sich entschieden die Erbschaft angeeignet hätten (Note 6.). Dies setzt regelmäßig keinen vom Nachsuchenden zu liefernden Beweis voraus, aber es konnte umgekehrt durch einen vom Agnoscirenden zu liefernden Beweis die Ertheilung der b. p. unde liberi verfrüht werden, sobald er es nämlich als sicher herausstellte, daß wegen eines Mangels des Testamentes, oder wegen Repudiation der vorher Berufenen die vorausgehenden bonorum possessiones nicht eintreten würden [7]). —

---

7) Fr. 3. si t. t. null. — B. p. potest peti ab intestato, si certum sit, tabulas non exstare septem testium signis signatas.

Die zweite Frage, die hier noch der Erwähnung bedarf, ist mehr wie billig zum Gegenstande des Streits geworden [8]; ob nämlich in der Klasse unde liberi eine graduum successio bestanden habe oder nicht. Mir scheint die verneinende Antwort gar kein Bedenken zu haben. In dieser Klasse stehen die liberi gar nicht als cognatische Kinder, sondern lediglich als wahre oder fingirte sui heredes. Suus heres aber ist der, welchem zu der Zeit, wo die Intestatsuccession deferirt wird, keine Mittelsperson zwischen ihm und dem Erblasser entgegensteht. Nur wenn das Recht einer solchen Mittelsperson, wie Paulus sagt, abscissum est [9]), kommt der Nachfolgende in Betracht, und die Römischen Juristen fragen bei der b. p. unde liberi wie bei der c. t. lediglich danach, wer zur Zeit, wo deferirt wird, wirklicher oder fingirter suus heres war [10]), also wenn dieser suus nach der Zeit, wo der Erblasser intestatus gestorben war (si intestato moritur), wieder wegfällt, so kann von einem Einrücken des nepos gar nicht die Rede sein, weil ihm das Requisit des suus heres fehlt, was das allein Maaßgebende ist. Als cognatischer Descendent hat er lediglich ein Recht auf die b. p. unde cognati.

Die einzige Ausnahme von diesem Principe ist das oben dargestellte edictum de conjungendis cum emancipato liberis ejus, aber der Ausnahmscharakter zeigt sich auch hier sehr schlagend darin, daß man den nepotes lediglich einen Theil

---

fr. 1. §. 8. eod. Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere (fr. 1. §. 10. de b. p. sec. tab.), dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui b. p. acceperunt. fr. 1. §. 3. eod. Plane si tempora quidem petendae bonorum possessionis ex testamento largiebantur, verumtamen repudiata est b. p., dicendum erit ab intestato b. p. jam incipere, quum enim is, qui repudiavit, petere b. p. non potest, post repudiationem, consequens erit, ut ab intestato posse peti incipiat.

8) S. v. Vangerow Leitfaden. II. §. 407.

9) Fr. 9. §. 2. de lib. et post.

10) Fr. 7. pr. si tab. test. null. fr. 4. §. 1. de c. t. b. p. fr. 1. §. 8. de suis et legitimis.

von dem zusprach, was dem Vater, in Folge seiner Fiction als **suus heres** eigentlich allein zugefallen wäre. Also den übrigen **liberi** gegenüber hat man das Princip doch vollkommen aufrecht erhalten. Ja noch mehr. Es giebt einen Fall, wo die **nepotes** auch nicht einmal ihrem Vater gegenüber zugelassen werden. Während nämlich im Uebrigen die instituirten **in adoptionem dati liberi** zur **c. t. b. p. commisso per alium edicto** zugelassen werden, so ist dies Recht doch den **nepotes**, wenn ihr emancipirter Vater noch vorhanden ist, entzogen (§. 87. Note 12.). Und sie sollten es auch nicht einmal durch **graduum successio** erlangen [11]), offenbar weil diese überhaupt bei der **c. t. b. p.** nicht möglich ist. Ein solcher Fall kann nun freilich bei der **b. p. unde liberi** nicht vorkommen, aber er beweist nichts destoweniger für sie, da er nichts als ein Ausfluß des allgemeinen Princips der **c. t. b. p.** ist, und dies Princip ganz gleichmäßig auch für die **b. p. unde liberi** gilt.

---

11) Fr. 13. §. 1. de b. p. c. t.

Viertes Kapitel.

Veränderungen der secundum tabulas b. p. in der klassischen Juristenzeit.

§. 104. Wir gelangen jetzt bei der Erörterung der im Gebiete der Erbklassen eingetretenen Erweiterungen auf den letzten Punkt. Es sind nicht bloß zu den beiden dem Civilrecht bekannten Klassen (der testamentarischen Erben und der legitimi), die beiden suppletorischen ordines (unde cognati und unde vir et uxor) sowie die zwei correctorischen (contra tabulas und unde liberi) hinzugefügt worden, sondern es haben sich auch im Gebiete der secundum tabulas b. p. noch zur Zeit der klassischen Juristen Veränderungen zugetragen, die von der ursprünglichen Gestalt dieser Klasse genau zu scheiden sind. Diese haben wir jetzt kennen zu lernen.

Jene ursprüngliche Gestalt ist im ersten Bande vollständig dargestellt worden, und ich habe dort bereits am Ende des §. 30. auf das hier daran Anzuknüpfende verwiesen. Weit entfernt, daß es mit dem Grundprincip der sec. tab. b. p. im Widerspruch stände, schließt es sich vielmehr in sehr natürlicher Weise an dasselbe an, und bietet einen Complex von Ausnahmen dar, wie sie das praktische Leben sehr leicht aus der Regel selbst hervorrufen konnte. Wir werden gerade durch die Art, wie die Quellen diese Ausnahmen darstellen, um desto

mehr das oben gewonnene Resultat sich bestätigen sehen, daß die sec. tab. b. p. ihrem Grundwesen nach auch noch zur Zeit der klassischen Juristen durchaus eine confirmandi juris civilis gratia bestehende Klasse war; d. h. daß der Prätor als Hauptabsicht stets vor Augen hatte, dem scriptus heres (also dem in einem gültigen Civiltestamente Eingesetzten) in Folge leicht zu erbringender Beweise rasch zum Besitze des Vermögens zu verhelfen. Diese bedingenden Beweise waren die Vorbringung eines Testaments mit sieben Siegeln und die Nachweisung, daß der Testator als civis Romanus und sui juris gestorben sei, woraus man in Folge einer meist zutreffenden Wahrscheinlichkeitsrechnung präsumiren konnte, die Urkunde sei ein vollkommen gültiges Civiltestament, der Eingesetzte wahrer Civilerbe. Darin aber liegt, daß, sobald die Wahrheit der Wahrscheinlichkeitsrechnung widersprach, d. h. sobald trotz des Vorhandenseins jener bedingenden Beweise das Testament sich aus gleichviel welchem Grunde als ungültig erwies, von einer sec. tab. b. p. nicht mehr die Rede sein konnte, also die schon ertheilte als non data erschien, die noch zu ertheilende verweigert wurde.

Dieser Satz hat ursprünglich ganz ausnahmslos gegolten, und an ihn knüpfen sich nun die weiteren Ausdehnungen der sec. tab. b. p. an. Wenn auch der Prätor im Allgemeinen bei dem Satze stehen blieb, daß die Constatirung eines Nichtigkeitsgrundes des Testaments die sec. tab. zur non data mache oder ihre Ertheilung verhindere, so gab es doch einzelne Regeln im Civilrecht, von denen man sich gestehen mußte, daß sie gar zu streng seien. Sämmtliche Formvorschriften bei der Errichtung, ferner mancherlei Umstände, die um des Interesses anderer Personen willen bei einem Testamente in Betracht kamen, waren von dem Civilrechte alle gleichmäßig unter den strengen Satz gebracht worden, daß ihre Nichtberücksichtigung stets völlige Nichtigkeit bewirkte. Und wenn auch der Prätor gar nicht gemeint war, diesen Satz völlig zu verlassen, so konnten doch die Formfehler gar zu unbedeutend sein, es konnten Fälle vorkommen, wo die Personen, um derentwillen man die Nichtigkeit des Testamentes annahm, gar nicht mehr vorhanden waren, oder wenigstens keine

Ansprüche machten. Der letzte Wille war also doch noch immer unter genügenden Formalitäten errichtet worden; daß er nicht untergeschoben sei, daß er vom Erblasser wirklich herrühre, stand vollkommen fest, es stand auch nicht das Interesse Anderer im Wege. Was war daher natürlicher, als daß auch hier wieder der allgemeine **favor testamentorum** seine Wirkungen äußerte, daß man die vom Civilrecht vorgeschriebene Richtigkeit für eine **juris scrupulositas** erklärte, und in solchen Fällen die Erbeinsetzung so gut wie die Nebenbestimmungen des Testaments aufrecht zu erhalten strebte? Hier lag nun wiederum nichts näher, als daß der Prätor es war, welcher das Civilrecht emendirte, d. h. daß er erklärte, wegen eines derartigen unbedeutenden Nichtigkeitsgrundes solle eine ertheilte **sec. tab. b. p.** nicht zur **non data** werden, so wie auch dessen Bekanntsein die Agnition nicht verhindern; m. a. W. aus einem nach den angegebenen Gründen nichtigen Testamente solle dennoch eine gültige **sec. tab. b. p.** agnoscirt werden dürfen.

Dies ist im Allgemeinen die Charakteristik dessen, was uns im Folgenden beschäftigen wird. Sie bedarf in doppelter Hinsicht der genaueren Untersuchung. Einmal nämlich haben wir die Testamentsfehler, bei denen der Prätor vom Civilrecht abwich, eben nur oberflächlich unter die beiden Gesichtspunkte gebracht, daß aus unbedeutenden Formmängeln, sowie aus dem Dazwischentreten anderer interessirter Personen, die dann doch später wieder weggefallen sind, der testamentarischen Succession kein Hinderniß erwachsen solle. Aus dieser äußerlichen Umschreibung ist aber noch nicht mit innerer Nothwendigkeit zu folgern, welche einzelnen Fälle der Prätor begünstigt habe. Offenbar kann hier aus der Natur der Sache gar nichts abgeleitet werden, es kommt lediglich auf die rein historische Untersuchung an, welche positive Fortbildung das Römische Recht in dieser Hinsicht erfahren habe. Die Quellen enthalten nun vier Fälle, in denen das Prätorische Recht die Gültigkeit des Testaments dem Civilrecht gegenüber anerkennt. In allen übrigen Fällen also läßt sich jedenfalls nicht beweisen, daß der Prätor von den Grundsätzen des Civilrechts abgewichen sei, denn eine Möglichkeit, daß der Prätor es recht gut habe thun

können, läßt sich immerhin in manchen Punkten gern zugeben, ist aber für die Frage, ob er es wirklich gethan hat, von keiner Bedeutung. Ueberdem aber kann es in den meisten Fällen, und gerade in denen, welche am ersten Zweifel zu erregen geeignet sind, entschieden bewiesen werden, daß wegen civiler Nichtigkeit des Testamentes gleichmäßig nach civilem wie Prätorischem Rechte die Unmöglichkeit der testamentarischen Succession anerkannt wurde.

Die folgende Darstellung muß aber ferner noch auf etwas Anderes Rücksicht nehmen. Ich sagte vorher bloß, daß der Prätor in den fraglichen vier Fällen die Gültigkeit der **sec. tab. b. p.** anerkannt habe. Aber damit ist noch nicht bestimmt, gegen welche Personen sie wirksam sein soll. Eine **b. p. sine re** ist auch eine gültige **b. p.**, aber sie verliert durch das Auftreten des **heres** ihren **effectus**, ihre Wirksamkeit. In Beziehung hierauf werden wir nun im Folgenden finden, daß das Römische Recht zwei Schritte gethan hat, die auch nach den Entstehungsquellen genau zu scheiden sind. Den ersten Schritt that der Prätor, er bezieht sich gleichmäßig auf alle vier Fälle, aber er ist, rücksichtlich der Wirkung der schwächere, indem er nur den Charakter einer **supplendi juris civilis gratia** eingeführten Neuerung an sich trägt. Der zweite Schritt dagegen ist im Verhältniß zum bisherigen Civilrecht correctorisch, aber er ist in sich selbst ein civilrechtlicher, indem er auf kaiserlichen Rescripten ruht, welche direct in die vom Prätor eingeführte Gestalt der **b. p.** eingriffen. Er bezieht sich auch nur auf zwei von jenen vier Fällen, weßhalb dadurch das bisherige schwächere Prätorische Recht gar nicht ganz aufgehoben ist. — Ich werde danach die nachfolgende Entwicklung in zwei Theile trennen. Was ich hier mitzutheilen habe, entnehme ich den Hauptpunkten nach aus meiner früher erschienenen **historia bonorum possessionis secundum tabulas** (**Cap. II.** und **III.**), deren Resultate ich noch jetzt mit Ausnahme einiger Punkte für richtig halte. Wenn ich nicht den Zusammenhang dieses Werks völlig zerstören wollte, konnte ich es nicht unterlassen, das dort Gesagte in seinen Grundzügen und mit einigen Verbesserungen hier zu wiederholen.

I. Die Prätorischen Veränderungen in der sec. tab. b. p.

§. 105. Es ist von besonderem Werthe, daß Gaius uns hier eine so vollständige Quelle ist, wie wir dies eigentlich gar nicht erwarten konnten. Die rein prätorischen Veränderungen in der sec. tab. b. p. waren zu seiner Zeit theilweise bereits durch die späteren Kaiserrescripte umgestaltet. Nichtsdestoweniger aber theilt er die Prätorischen Regeln erst vollständig mit, und fügt dann besonders hinzu, was durch kaiserliche Bestimmung verändert worden sei. Glücklicherweise ist nun jenes Erstere ganz leserlich (II. 147—149), wogegen dann das Folgende nur so weit zu entziffern ist, daß wir sehen, es sei im §. 157. von dem Rescript des Antonin die Rede gewesen. Hievon aber hatte Gaius schon im §. 120. gesprochen, und an diesem Orte sind seine Worte vollkommen lesbar. Da wir nun außerdem von den Prätorischen Bestimmungen sowie den Kaiserrescripten auch noch in mehren Pandektenfragmenten bestätigende Nachrichten finden, so sind wir dadurch, wie ich glaube, in den Stand gesetzt, uns ein klares und vollständiges Bild der ganzen Rechtsentwicklung construiren zu können.

Ueber jene Prätorischen Bestimmungen sagt nun Gaius Folgendes. Er spricht nur von drei Fällen der vitiösen Testamente, und zwar offenbar nicht bloß als zufällig gewählten Beispielen, sondern seine öftere Wiederholung derselben, die auch überdies mit einer Stelle Ulpians übereinstimmt, zeigt deutlich, daß die Regel des Prätorischen Edictes, welche er hier vorträgt, sich lediglich auf diese Fälle bezog. Den vierten Fall, in dem wir allerdings noch ein Abweichen des Prätors vom Civilrecht anzuerkennen haben, werden wir dann hinterdrein noch einer abgesonderten Prüfung unterwerfen, und dabei finden, daß er ganz mit Recht von Gaius hier nicht mit den anderen dreien auf dieselbe Stufe gestellt werden konnte. Von diesen dreien spricht nun Gaius zuerst ganz denselben allgemeinen Satz aus, den ich schon im vorigen § hervorgehoben habe, nämlich, wenn gleich das Testament nach Civilrecht ungültig sei, so sei es doch damit nicht ganz unwirksam, sondern es könne eine gültige b. p. daraus agnoscirt werden.

II. 147. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non jure facta sunt, vel jure facta postea irrita facta, aut rupta sunt; nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit [1]).

Also wenn nur die bedingenden Beweise der sec. tab. b. p. vorliegen, so giebt der Prätor jedenfalls eine sec. tab. b. p., wenn es gleich ganz entschieden ist, daß das Testament non jure factum, irritum oder ruptum sei, und natürlich kann daher auch, wenn hinterdrein diese Fehler zu Tage kommen, dies der einmal ertheilten b. p. keinen Eintrag thun. Dies ist eben das Unterscheidende, von den Wirkungen, welche abgesehen von diesen drei Fällen, das Bekanntwerden eines Nichtigkeitsgrundes des Testaments hervorruft. Wir brauchen nur diese Stellen des Gaius und Ulpian mit dem Band I. S. 185. citirten Fragmente zu vergleichen, um davon völlig überzeugt zu werden. Dort heißt es, trotz des Vorhandenseins der bedingenden Beweise: sec. tab. b. p. dari non potest, also wenn der vernichtende Beweis vorliegt, so folgt daraus die Unmöglichkeit der b. p., hier sagen die Juristen umgekehrt b. p. datur, peti potest, mithin soll, sobald nur die bedingenden Beweise vorliegen, die unbezweifelte civilrechtliche Nichtigkeit des Testaments kein Hinderungsgrund der b. p. sein.

Der neue Prätorische Rechtssatz ist also: daß die Gründe, wonach das Testament als non jure factum, irritum und ruptum erschien, nicht mehr wie früher als vernichtende Beweise der sec. tab. b. p. gelten sollten, er wollte mithin die

1) Dasselbe sagt Ulpian XXIII. 6.: Si septem signis testium signatum sit testamentum, (also wenn auch im Uebrigen das Testament non jure factum ist, wie dies Ulpian an einer anderen Stelle XXVIII. 6. noch deutlicher angiebt), licet jure civili ruptum vel irritum factum sit, Praetor scriptis heredis juxta tabulas bonorum possessionem dat, si testator et civis Romanus et suae potestatis, cum moreretur, fuit.

testamentarische Succession in diesen Fällen als eine gültige betrachtet wissen, m. a. W. er erklärte hier das civilrechtlich nichtige Testament für ein prätorisch gültiges.

Dies aber heißt an und für sich noch nichts weiter, als daß das Testament nicht mehr wie bisher eine in sich selbst absolut ungültige Urkunde sein solle. Es wäre denkbar, daß der Prätor nur, wenn die bona sonst vacantia werden würden, die Wirksamkeit des Testaments habe anerkennen wollen. Denn im Bisherigen liegt lediglich, daß der Prätor verspricht, er wolle nicht schon deßhalb, weil das Testament in sich selbst nichtig sei, den Instituirten vertreiben. Der Satz ist also seinem Sinne nach rein negativ, wie weit sich nun die Wirkungen des aufrecht erhaltenen Testamentes anderen Personen gegenüber erstrecken sollen, welche aus dessen Nichtigkeit Erbansprüche ableiten, ist damit noch nicht gesagt. Dies bestimmen denn auch beide Juristen, Gaius und Ulpian, in den angeführten Stellen gleich noch genauer. Ulpian setzt nur kurz hinzu:

> quam bonorum possessionem cum re, id est, cum effectu habet, si nemo alius jure heres sit.

Wir sehen hieraus schon, daß der Prätor doch weiter ging, als was seine Bestimmung im schwächsten Sinne, der sich denken läßt, heißen könnte. Der Eingesetzte soll nicht bloß, wenn sonst die bona vacantia sein würden, im Vermögen geschützt werden, er soll es vielmehr stets behalten, wenn nur nicht ein heres ex jure (civili) vorhanden ist, und (das haben wir natürlicher Weise hinzuzudenken) Ansprüche macht. Gaius spricht dies noch viel weitläuftiger und deutlicher aus:

> II. 148. Qui secundum tabulas testamenti, quae aut statim ab initio non jure factae sint, aut jure factae postea ruptae vel irritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem obtinere, habebunt bonorum possessionem cum re, si vero ab iis avocari hereditas potest, habebunt b. p. sine re. §. 149. Nam si quis heres jure civili institutus sit vel ex primo vel ex posteriore testamento, vel ab intestato jure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem avo-

care: si vero nemo sit alius jure civili heres, ipsi retinere hereditatem possunt.

Also die Civilerben (testamentarische wie Intestaterben) sind es allein, welche dem in dem vitiösen Testament Eingesetzten das Vermögen wegnehmen können, abgesehen davon aber behandelt der Prätor es als ein gültiges Testament. Hieraus geht hervor, von wie großer Bedeutung die Rechtsänderung ist, die wir den Prätor hier vornehmen sehen. Sie unterscheidet sich von dem bisherigen Recht ganz nach den Regeln, wie sich nach unserer früheren Entwicklung (Bd. I. S. 227.) die **b. p. quae data non intelligitur** und die **b. p. sine re** einander gegenüber stehen. Früher fiel, wie bei allen anderen Testamentsmängeln, so auch bei dem **test. non jure fact., irritum,** und **ruptum,** die **b. p. sec. tab.,** auch wenn dadurch die **bona vacantia** wurden, schon in sich selbst zusammen, sobald das **vitium** offenbar wurde; es konnte also jedenfalls wie bei jeder nichtigen **b. p.,** von einer vorhandenen folgenden Klasse **b. p.** agnoscirt werden, es waren gar nicht bloß die Civilerben, sondern auch Cognaten und Ehegatten, welche an die Stelle des Instituirten treten konnten. Jetzt aber, wo die **sec. tab. b. p.** als eine an und für sich gültige angenommen wird, kann nie der Eingesetzte ohne das entschiedene Auftreten anderer Erbberechtigter removirt werden, dies können auch nur die sein, welche im einzelnen Fall das Civilrecht ruft, also die Cognaten und Ehegatten sind stets ausgeschlossen, und endlich können die Civilerben ihr Recht, da einmal eine gültige **b. p.** an den Instituirten als ertheilt angenommen wird, nur noch durch **hereditatis petitio,** nicht mehr durch eigene Agnition der **b. p.** geltend machen. Die Worte des Gaius beweisen dies ohne alle Frage.

Wir können uns hiernach das Verhältniß, in welches der neue Rechtssatz zu dem bisherigen System der Prätorischen Erbklassen trat, folgendermaßen verdeutlichen. Die Reihenfolge, nach der sich die Berechtigung zum Behalten der Erbschaft richtet, ist:

1) **contra tabulas b. p.**

2) **secundum tabulas (jure factas,** d. h. die Klasse, deren Bedeutung durch unsere Prätorische Rechtsänderung gar nicht verändert wurde).

3) **unde liberi**, und **unde legitimi**.

4) **secundum tabulas non jure factas, irritas, ruptas.**

5) **unde cognati** und **vir et uxor**.

Diese Reihenfolge konnte aber erklärlicher Weise nicht zugleich die der Fristen sein, in denen diese **bonorum possessiones** agnoscirt werden, vielmehr mußte in dieser Hinsicht die bisherige Klasse der **sec. tab. b. p.** mit der neuen für die drei vitiösen Testamentsfälle geschaffenen äußerlich ein einziges Ganzes darbieten, so daß es den Anschein hat, daß die vom Prätor aufrechterhaltenen Testamente, die doch der Berechtigung nach hinter den **legitimi** stehen, ihnen voraufgingen, was auch in so weit richtig ist, daß allerdings keine der vier Intestatklassen nach einmal agnoscirter **sec. tab.** die **b. p.** mehr erhalten kann.

Die Grundsätze der bedingenden und vernichtenden Beweise bei der **sec. tab.** führten dies von selbst mit sich. Bei der Ertheilung der **b. p.** steht ein Testament, das völlig gültig ist, dem mit einem jener drei Fehler behafteten vollkommen gleich. Es wird, wenn letztere bekannt sind, ebenso wie aus einem völlig gültigen Testament die **b. p.** in Folge der bedingenden Beweise gegeben, weil jene drei Fehler nicht mehr als vernichtende Beweise gelten, während alle anderen **vitia** des Testamentes, die schon constatirt sind, von Anfang an ein Hinderniß der Agnition bilden. Falls aber erst nach der Erbittung der Testamentsfehler zu Tage kommt, so tritt nun der große Unterschied zwischen der alten **sec. tab. b. p.** aus einem gültigen Testamente und der neuen aus jenen vitiösen Testamenten ein. Jene ist nicht bloß ein Hinderniß aller weiteren Ertheilung der **b. p.** an die folgenden Klassen, sondern auch aller Geltendmachung des Civilrechts mittelst der **her. pet.** Diese dagegen enthält lediglich ein Hinderniß der weiteren Ertheilung der **b. p.**, denn es ist ja nur der Prätor, welcher diese Testamente für gültig erklärt, ohne damit dem Recht des **heres** zu nahe treten zu wollen. Diese **jure praetorio** gültigen Testamente sind also freilich von den übrigen civilrechtlich vitiösen Testamenten genau geschieden, denn letztere haben auch nach Prätorischen Grundsätzen gar keine Wirkung, erstere dagegen schließen alle die aus, welche lediglich nach

Prätorischem Recht Erbansprüche haben (also **unde liberi, cognati** und **vir et uxor**). Ferner bewirken sie auch, als Prätorisch gültige Testamente, daß die Civilklassen, welche hinter der testamentarischen gerufen werden (also **unde legitimi**), auf die **bon. poss.** keinen Anspruch mehr haben können. Aber weiter geht auch ihr Recht nicht; weil das Testament, worauf sie sich stützen, civilrechtlich ungültig ist, und der Prätor gar nicht die Absicht hat, correctorisch gegen das Civilrecht aufzutreten, so folgt, daß nicht allein jeder in einem gültigen Testament Eingesetzte, sondern auch in dessen Ermangelung der **suus** oder sonst der **proximus agnatus** sein civiles Recht d. h. die **her. petitio**, mit Erfolg gegen sie durchsetzen kann, also der inneren Berechtigung nach stehen die vitiösen Testamente hinter den **legitimi**.

Die Prätorische Rechtsänderung können wir hiernach sehr einfach so charakterisiren: der Prätor erklärt einzelne nach einer reinen **juris scrupulositas** ungültige Testamente für gültig, aber er thut dies doch nur **supplendi** oder **emendandi juris civilis gratia** 2), d. h. er stellt das Recht der darin Eingesetzten vor Alle, welche **ab intestato** ein Prätorisches Erbrecht haben, aber hinter Alle, die vom Civilrecht gerufen werden. —

Werfen wir nun noch einen Blick auf das im ersten Bande S. 225. angegebene Princip, nach dem die **b. p. sine re** zu beurtheilen ist, und prüfen wir, wie sich der neue Prätorische Rechtssatz damit vereinigt. Fabricius 3) hat gerade wegen der in der **b. p. sec. tab.** vorgegangenen Rechtsänderungen das früher von Hugo aufgestellte Princip umzuwerfen und das entgegengesetzte an die Stelle zu setzen versucht. Bei der Frage, ob der **heres** die **b. p.** zur **sine re** machen könne, komme es nicht darauf an, ob er in der Prätorischen Klassenfolge vor dem gerufen sei, welcher die **b. p.** agnoscirt hat, sondern es müsse überhaupt immer die **b. p.** der **hereditas** weichen, und es seien davon nur einzelne Ausnahmen (die **b. p. c. t.**, **unde liberi**, und die nachher noch weiter zu er-

---

2) Dies stimmt also von Neuem mit dem §. 68. Note 5. am Ende Gesagten überein.

3) **B. p.** S. 208. s. auch v. Vangerow Leitfaden §. 399.

örternden Fälle der durch Kaiserrescripte veränderten sec. tab. b. p.) zu statuiren.

Wir müssen aber bei dieser Frage ganz vorzüglich im Auge behalten, worauf es eigentlich hauptsächlich ankommt, damit wir uns davor bewahren, daß der Streit nicht in einen leeren Worthader ausarte. Wenn wir nämlich für das Verhältniß der hereditas zur b. p. ein Princip aufstellen wollen, so müssen wir nur bedenken, daß wir nicht nach einer Regel zu suchen haben, welche auch schon der den Prätor selbst einzig leitende Gesichtspunkt gewesen wäre, wonach bei den Römern die b. p. entweder cum re oder sine re war. Vielmehr geht aus meiner bisherigen Darstellung der verschiedenen Klassen wohl zur Genüge hervor, daß das Verhältniß der einzelnen Prätorischen Klassen zum heres auf sehr verschiedenen Gründen ruht, daß also, wenn man ein Princip dafür aufstellen will, dies zu nichts Anderem geschehen kann, als etwa um dem Lernenden eine kurze Regel an die Hand zu geben, wonach er sich die einzelnen Fälle leicht construiren könne, nicht aber um damit den Grund zu gewinnen, welcher die Sache selbst hervorrief.

B. p. sine re ist eine gültige b. p., welche aber durch die her. petitio des heres den effectus verliert. Nun fragt sich weiter, wann diese her. pet. zugelassen werde? In allen den Fällen, wo der Prätor nur emendandi juris civilis gratia die b. p. gab, (also wenn, beim Vorhandensein eines heres, einer späteren Civilklasse, oder einer späteren rein Prätorischen, oder aus einem jener drei vitiösen Testamente die b. p. ertheilt wird), will ja eben der Prätor nichts weiter, als die Erbschaft ohne Verletzung des Rechts des heres reguliren, also hier kann die b. p. zur sine re werden. Dagegen bei den correctorischen Klassen will der Prätor mehr, er beabsichtigt den b. possessor allen oder gewissen heredes voranzustellen, und deßhalb ist die b. p. gegen diese cum re. Nun kann man allerdings, wenn man das gern will, sagen: regelmäßig gehe der heres dem b. possessor vor, aber ausnahmsweise (nämlich bei den correctorischen Klassen) sei es umgekehrt. Wenn man damit nichts Anderes sagen will, als daß der Hauptcharakter der b. p. Emendation und nicht Cor-

rection des Civilrechts sei, so ist Nichts dagegen einzuwenden. Aber in der Art, wie Fabricius die Sache hinstellt, liegt mehr, und dies Mehr ist eben unrichtig. Er meint, der Prätor habe nicht correctorisch gegen das Civilrecht auftreten können, es sei also eine innere Nothwendigkeit, daß wo die b. p. einem non heres gegeben werde, sie vom heres zur sine re gemacht werden müsse, und eben deßhalb beweise der Satz, daß die b. p. aus einem jener vitiösen Testamente gegen die legitimi sine re sei, von Neuem, daß auch die b. p. c. t. und unde liberi nur durch kaiserliche Autorität eingeführt sein könne (S. 144.). Damit also macht er seine Regel über das Verhältniß der b. p. zur hereditas aus einer bloß um des kurzen Verständnisses willen aufgestellten, zu einem inneren Princip, welches der Sache selbst zum Grunde liegen soll. Ebendeßhalb aber ist sie verderblich, sie muß, auf einen Irrthum gebaut, auch wieder die Quelle neuer Irrthümer werden [4]).

Und so ist es bei weitem räthlicher, bei dem Hugoschen Principe zu bleiben, weil es die inneren Gründe der Sache nicht beeinträchtigt. Es kommt darauf an, welche Reihenfolge der Prätor den einzelnen Klassen anweist. Die Ordnung, in der die Klassen des Civilrechts stehen, ist eben die des Ci-

---

4) Fabricius macht auf S. 208. den offenbaren Fehler, daß er sagt, gegen die b. p. unde liberi werde (abgesehen von Ausnahmen, die uns hier nicht interessiren) dem heres die her. pet. immer ganz und gar verweigert. Wenn ein gültiges Testament bestand, in dem ein emancipatus präterirt war, so hat, falls dieser nach verstrichenem Fristenlauf der c. t. und sec. tab. die b. p. unde liberi agnoscirte, der scriptus heres jedenfalls gegen ihn die her. pet. fr. 2. si tab. test. null. Ebenso ist es auch nicht richtig, wenn Fabricius S. 109. sagt: Der Civilerbe, der zur c. t. gerufen sei, schließe stets den Eingesetzten aus, welcher sec. tab. b. p. erbeten habe. Freilich schließt er ihn in gewissen Fällen aus, aber dies ist nicht nach den Grundsätzen der b. p. sine re zu beurtheilen, sondern die b. p. sec. tab. wird bei der Präterition eines filius suus oder postumus gar nicht ertheilt, oder gilt als non data. Dagegen wenn man unter dem Civilerben einen präterirten Accrescenzerben versteht, so findet gar keine völlige Ausschließung des scriptus heres statt.

vilrechts selbst, der Prätor wollte hier nichts Anderes thun, als nur eine successio unter ihnen einführen; bei den suppletorischen Klassen wollte er nur hinterdrein Jemanden rufen, ne quis, wenn der heres fehlte, sine successore moriatur; bei den correctorischen aber wollte er, (und daß er es durfte, haben wir wohl genügend bewiesen) gewisse Personen dem heres voransstellen. Also mag nun der Prätor sich dem Civilrecht angeschlossen, mag er darüber hinaus Bestimmungen getroffen, mag er endlich dem Civilrecht widersprochen haben, so ist es doch jedenfalls das Einfachste, alle diese drei Arten von Erbklassen unter dem einen Gesichtspunkte zusammenzufassen, daß nach der Prätorischen Reihenfolge das Verhältniß des b. possessor zum heres sich stets beurtheilen lasse. Die b. p. nun aus jenen drei Fällen der vitiösen Testamente macht dabei gar keine Schwierigkeit. Auch sie ist nur suppletorisch gegeben. Sie hat freilich die wichtige Bedeutung, daß nach ihrer Ertheilung Niemandem, weder den folgenden Prätorischen noch den Civilklassen, eine b. p. mehr gegeben werden kann, aber das Civilrecht des heres sollte dadurch gar nicht afficirt werden, sie steht also ihrer inneren Bedeutung nach, auch in der Prätorischen Reihenfolge hinter den legitimi.

Allerdings bietet daher diese b. p. aus vitiösen Testamenten etwas Eigenthümliches dar, was sich im ganzen System der b. p. sonst nicht findet. Im Uebrigen ist es nämlich allgemeine Regel, daß der Prätor der Civilklasse, welche er für besser berechtigt zur Erbschaft erklärt als eine rein Prätorische, nicht bloß erlaubt, ihr Civilrecht gegen Letztere geltend zu machen, sondern daß er ihr auch schon vorher die b. p. selbst anbietet, damit der heres die Möglichkeit habe, auch ohne die Weitläuftigkeiten eines Erbschaftsprocesses den Besitz des Vermögens zu erlangen und die folgende Klasse auszuschließen. Nur wenn er die Agnition versäumt, bleibt ihm dann nichts weiter übrig, als durch die her. pet. die folgende Klasse, welche die b. p. erbeten hat, zu vertreiben. So ist es hier nun freilich nicht, aber es versteht sich von selbst, daß es hier nicht so sein konnte. Wenn das Testament ein völlig gültiges ist, so ist ja der Eingesetzte der heres, die legitimi sind nicht heredes; und so muß natürlich die Agnitionsfrist der sec.

tab. stets vor sämmtlichen Intestatklassen stehen bleiben. Ist aber das Testament mit einem jener Fehler behaftet, über die fortan der Prätor hinwegsehen zu wollen erklärt, so wußte er dies ja in sehr vielen Fällen bei der Ertheilung der b. p. noch gar nicht, denn durch die bedingenden Beweise wird es gar nicht an den Tag gebracht. Jedenfalls aber, mogte er es schon wissen oder mogte er es später erfahren, so hat er ja das Testament für ein Prätorisch gültiges erklärt, er würde sich also widersprechen, wenn er nun doch eine b. p. ab intestato noch ertheilen wollte. Also eine Prätorische Intestatsuccession ist undenkbar. Aber das Testament ist nach Civilrecht nichtig, und der Prätor hat, obgleich er es an sich sehr wohl gekonnt hätte, nie die Absicht gehabt, correctorisch hiergegen aufzutreten, also er erkennt die civilrechtliche Intestatsuccession vollkommen an, d. h. er räumt den vitiösen Testamenten erst hinter den legitimi ein dauerndes Recht auf die Erbschaft ein. Aber aus dem Gesagten folgt zur Genüge, daß das Mittel, wodurch die legitimi den Eingesetzten ausschließen, lediglich die her. petitio [5]), nicht eine vorher ihnen deferirte b. p. sein kann.

§. 106. Das Wesen des neuen Prätorischen Rechtssatzes ist hiemit im Allgemeinen bestimmt. Wir müssen stets vor Augen haben, daß es sich hier um eine ganz neue Bestimmung handelt, die in der ursprünglichen Gestalt der sec. tab. b. p., wie sie auch noch fortwährend bestehen blieb [1]), gar nicht enthalten ist, sondern als etwas Selbständiges daneben tritt, und die Basis bildet, auf der sich in der Folge eine

---

5) Oder (wie wir allerdings noch hinzusetzen müssen) eine exceptio gegen die Klage (das Interdict) des b. possessor. Es kann dies erst weiter unten bewiesen werden. s. §. 107. Note 4.

1) Gai. III. 36. Si jure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo, quod jure civili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit.

Reihe von wichtigen Rechtsänderungen entwickelte. Der Grund, daß man dies verkannt hat, und dadurch zu so mancherlei Irrthümern verleitet worden ist, liegt in der unrichtigen Auffassung der bei der sec. tab. b. p. bestehenden bedingenden Beweise. Man meinte, wenn diesen nur genügt sei, so bestehe stets eine gültige b. p. [2]), die nur noch durch die her. pet. des heres zur sine re werden könne. Nach meiner Darstellung der sec. tab. b. p. im ersten Bande müssen wir dagegen umgekehrt an und für sich jeden Vernichtungsgrund des Testaments auch für einen Hinderungsgrund der sec. tab. annehmen, und nun erst genauer nachforschen, in welchen einzelnen Fällen die Quellen trotz der Nichtigkeit des Testaments die Gültigkeit der b. p. anerkennen. Diese aber lagen dann nicht schon in dem allgemeinen Edicte über die sec. tab. b. p., sondern es muß sich ein ganz eigener Passus im Edicte auf sie bezogen haben.

Daher können wir über die Einführungszeit des Rechtssatzes wenigstens soviel sagen, daß er zu Cicero's Zeit, aus der wir ja das damalige Edict über die sec. tab. b. p. kennen, noch nicht bestanden haben kann. Wir finden in den oben mitgetheilten Edictsworten gar keine Spur davon, überdem gab es damals noch nicht den zweiten bedingenden Beweis, welchen der Prätor der Vorzeigung des äußerlich gültigen Mancipationstestamentes hinzufügte, nämlich daß der Testator als civis Romanus und suae potestatis gestorben sei. Wir werden aber sehen, daß sich die beiden Fälle des non jure factum und irritum testamentum sehr genau an die beiden bedingenden Beweise anschließen, und jedenfalls das irritum testamentum nicht eher den Prätorischen Schutz erhalten haben kann, als jener zweite bedingende Beweis aufgestellt war. Von der anderen Seite aber darf die Prätorische Rechtsänderung auch wohl nicht später als Hadrian gesetzt werden, wenigstens mußte sie bereits für das ruptum testamentum beste-

2) Nur in sehr singulären Fällen erkennt Fabricius (S. 207.) eine b. p. quae data non intelligitur an; und es wird gar kein Grund angegeben, woraus gerade diese Fälle, und nur diese sich erklären sollen.

hen, denn dieser Fall wurde unter dem genannten Kaiser schon weiterer Ausbildung unterworfen. —

Gehen wir jetzt genauer auf die Prüfung der Fälle ein, welche Gaius unter den drei Ausdrücken **non jure factum, irritum** und **ruptum testamentum** verstanden hat. Er sagt uns (II, 146.) ausdrücklich, daß er sie, im Gegensatz zu vielen anderen Ausdrücken, welche die Nichtigkeit des Testamentes bezeichnen, in einem technischen Sinne nehmen, und welcher dies sei, läßt sich auch mit voller Sicherheit bestimmen.

1. **Das testamentum ab initio non jure factum.** Hierunter ist ein in den Formen mangelhaftes Testament verstanden [3]), aber es ist natürlich nicht daran zu denken, daß der Prätor alle möglichen Formen des damals allein geltenden Mancipationstestaments für unnöthig erklärt habe. Nur ist die Frage, wie weit er hierin gegangen sei.

Zuerst sieht man aus dem einen der bedingenden Beweise, welcher bei Erbittung der **sec. tab.** geliefert wurde, daß der Prätor an den Haupterfordernissen des Mancipationstestamentes fortwährend festgehalten hat. Ohne die Besiegelung von Seiten der sieben Solennitätspersonen wurde gar keine **sec. tab. b. p.** gegeben. Aber sollen wir nun annehmen, daß der Prätor alle übrigen Formmängel, welche bisher vernichtende Beweise gewesen waren, insgesammt von jetzt an nicht mehr berücksichtigt habe; also stets, sobald nur der angegebene bedingende Beweis geliefert war, das Testament als **non jure factum** des vorher angeführten Prätorischen Schutzes theilhaftig geworden wäre? Ich glaube dies keineswegs. Alsdann wäre ja auch, wenn es lediglich einer Urkunde mit sieben Sie-

3) Fr. 1. de inj. rupt. fr. 47. de her. pet. fr. 6. pr. de lege Corn. de falsis — Dies wird wohl Niemand mehr bezweifeln. s. Fabricius. S. 115. — Die Römer nennen es auch häufig technisch imperfectum testamentum. fr. 23. qui test. fac. poss. Si testamentum, quod resignaverit testator, iterum signatum fuerit septem testium signis, non erit imperfectum (d. h. „so ist dies nicht bloß ein nach Prätorischem Rechte geltendes Testament", — denn das war es doch jedenfalls), sed utroque jure valebit tam civili, quam praetorio. s. auch fr. 3. de test. mil.

geln bedurft hätte, das Erforderniß der Gegenwart von sieben verschiedenen Personen bei der Testamentserrichtung, die Vorschriften über die Fähigkeit dieser Zeugen, über die **unitas actus** hinweggefallen. Ein Erblasser hätte dann selbst, oder mit Hülfe eines einzigen Zeugen eine Urkunde mit sieben verschiedenen Siegeln und Namen versehen können, und doch wäre daraus eine vollkommen gültige **sec. tab. b. p.** ertheilt worden. Mir scheint dies ganz undenkbar. Die Prätorische Vorschrift, das Testament solle mit sieben Siegeln versehen sein, kann doch nur so verstanden werden, daß überhaupt die ganze Thätigkeit der sieben Personen, deren äußerer jetzt noch erkennbarer Ueberrest ihr Name und Siegel ist, so bei der Errichtung des Testaments vorausgesetzt werde, als das positive Recht es vorschreibt. Also es müssen sieben fähige Personen hier unterzeichnet haben, das ganze Geschäft muß, wie es nun einmal bei allen Testamenten Regel ist, in einem ununterbrochenen Acte beendet worden sein. Hieraus folgt, daß die angegebenen Formfehler noch fortwährend, sobald sie bekannt wurden, ein Hinderniß oder ein Vernichtungsgrund für die **sec. tab. b. p.** gewesen sein müssen; m. a. W. daß sie nach wie vor den Charakter der vernichtenden Beweise behalten haben, und sich hierauf der Prätorische Schutz des **non jure factum testamentum** gar nicht bezieht.

Vollständig scheint mir dies aus Folgendem hervorzugehen. Das **testamentum non jure factum**, wie es anfangs bei seiner noch immer sehr beschränkten Bedeutung genannt wurde, wuchs nach und nach unter dem Namen des Prätorischen Testaments zu einer eigenen selbständigen Testamentsform empor, und wurde, wie wir sehen werden, in der Justinianeischen Compilation zum durchaus vorherrschenden Rechte. Bei diesem ist es aber nie bezweifelt worden, daß die Regeln über Zahl und Fähigkeit der Zeugen sowie über **unitas actus** durchaus in Anwendung kämen; was daher jedenfalls im Anfange bei der **sec. tab. b. p.** gegolten hat, und am Ende auch wieder bei dem Prätorischen Testamente hervortritt, dürfen wir auch nicht in der Zwischenzeit als verschwunden annehmen, wofern nicht etwa ausdrückliche Quellenzeugnisse entgegenständen, was aber hier gar nicht der Fall ist. Im Ge-

gentheil weist uns die Darstellung der Römischen Juristen sehr deutlich darauf hin, daß der Schutz des **non jure factum testamentum** sich lediglich auf die geringeren und unbedeutenderen Formfehler bezieht. So sagt Ulpian **XXVIII. 6:**

> **Etiamsi jure civili non valeat testamentum, forte quod familiae mancipatio vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit non minus quam septem testium civium Romanorum signis, bonorum possessio datur.**

Daß der Prätor auf die Zahl und Fähigkeit der einzelnen Zeugen sieht, wird hiedurch ganz entschieden bewiesen. Sie sollten **cives Romani** sein, ein Satz, der bis in die spätesten Zeiten beim Prätorischen Testament bestehen blieb. Also jedenfalls, wenn es keine **cives Romani** waren, so meint Ulpian: **non datur b. p.**, ebensogut wie wenn es sich herausstellte, daß weniger als sieben Zeugen gegenwärtig gewesen seien [4]). Und was von der Zahl und Fähigkeit der Zeugen ausdrücklich bestätigt wird, könnte man nur mit der höchsten Willkührlichkeit auch von der **unitas actus** läugnen wollen [5]).

Dagegen die unbedeutenderen Formfehler, wie die Auslassung der **familiae mancipatio** oder **nuncupatio** sollen der

---

4) Noch für einen andern Fall der Unfähigkeit wird dies vollständig bewiesen durch fr. 14. de testibus (Pap.) Scio quidem tractatum esse, an ad testamentum faciendum adhiberi possit adulterii damnatus? Et sane juste testimonii officio ei interdicitur. Existimo ergo neque jure civili testamentum valere, ad quod hujusmodi testis processit, neque jure Praetorio, quod jus civile subsequitur, ut neque hereditas adiri, neque bonorum possessio dari possit.

5) Es gab also noch immer Fälle des non jure factum testamentum, wo der Eingesetzte gegen Niemanden, auch nicht gegen die Cognaten, die Erbschaft obtiniren kann. Dies bestätigt ein Rescript des Pius in fr. 5. §. 1. de his quae ut indign. — De eo, qui legatum accepit, si neget jure factum esse testamentum, Divus Pius ita rescripsit: „Cognati Sophronis licet ab herede instituto acceperant legata, tamen si is ejus conditionis fuerit visus, ut obtinere hereditatem non possit, et jure intestati ad eos cognatos pertineat (vorausgesetzt, daß sie auch die b. p. agnosciren), petere hereditatem ipso jure poterunt.

Ertheilung der **sec. tab. b. p.** nicht im Wege stehen. Daß dies nur einzelne Beispiele sind, sehen wir schon aus dem Worte **forte**: und was wir nun in der That noch ferner hieher zu zählen haben, erhellt aus der viel weitläuftigeren Darstellung, worin Gaius II. 115—122 die Vorschriften des Civilrechts den milderen Prätorischen gegenüberstellt. Im §. 119. und 121. erwähnt er ebenso wie Ulpian die Auslassung der **familiae mancipatio** und der **nuncupatio**, daran knüpft er im §. 122. noch den Satz, daß die Frauen, während sie nach Civilrecht ohne Zuziehung des Tutors stets **inutiliter** testiren (§. 118.), nach Prätorischem Rechte dieser Beschränkung überhoben sind. Ebenso haben wir aber auch wohl anzunehmen, daß der Prätor die **solennis institutio**, wovon Gaius gleich vorher im §. 117 spricht, nicht weiter verlangte. Wenn er die **verba mancipationis** nicht mehr erforderte, so wird er es auch für gleichgültig erklärt haben, ob im Testamente stand: **Titius heres esto, Titium heredem esse jubeo**, oder weniger solenn: **Titium heredem esse volo, heredem instituo, heredem facio.**

Der Schutz also dieses, wegen der unbedeutendern Formfehler ungültigen Testamentes, war, daß der Eingesetzte das Vermögen behalten darf, wenn kein Civilerbe vorhanden ist. Dies kann sein

a. ein testamentarischer, d. h. ein in einem vollkommen gültigen Civiltestamente Eingesetzter. Gaius erwähnt ihn II. 149 ausdrücklich. Das Testament kann ein späteres sein, dann wird das **non jure factum** auch außerdem völlig rumpirt, es kann ein früheres sein, welches nun durch das spätere **non jure factum** keineswegs als rumpirt erscheint; und wenn also aus letzterem die **sec. tab. b. p.** ertheilt worden ist, so kann diese noch immer durch die **her. pet.** des im **jure factum testamentum** Instituirten zur **sine re** werden.

Hiebei erhebt sich aber die Frage, ob denn nicht der im früheren gültigen Testament Eingesetzte auch gleich **sec. tab. b. p.** erbitten, und so den im **non jure factum** Instituirten von vorn herein ausschließen konnte. In den Quellen wird dies nicht speciell besprochen; Gaius denkt sich freilich die **b. p.** als aus dem späteren Testamente ertheilt, aber er sagt nicht,

ob er meint, der im früheren Testamente Instituirte könne sie gar nicht erhalten, oder er habe sie nur zu agnosciren versäumt. Folgendes scheint mir hier entscheidend. Der Prätor stellt als allgemeine Regel für die Ertheilung der **b. p.** den Satz auf, daß es die **supremae tabulae** sein müßten (Bd. I. S. 179), also wenn in der Frist der **sec. tab. b. p.** zwei sich auf verschiedene Testamente Stützende erschienen, so wurde allein die **b. p.** aus dem letzten Testament als gültig angesehen. Bei der Ertheilung nun wird es ja noch gar nicht untersucht, ob z. B. die **mancipatio familiae** vorgenommen worden sei oder nicht, weil dies nicht zu den bedingenden Beweisen gehört. Der Prätor weiß also noch gar nicht, daß (wie wir es hier voraussetzen) das erste Testament ein **jure factum**, das zweite dagegen ein **non jure factum** sei. Regelmäßig also muß er stets lediglich aus letzterem die **b. p.** gegeben haben, und dem **institutus** des ersteren blieb nur die **her. pet.** übrig. Dagegen dürfen wir dies nicht für etwas ganz Unwandelbares halten. Wenn es schon entschieden bekannt war, das erste Testament sei **jure civili** gültig, das zweite dagegen ungültig, und ferner bereits feststand, daß der zuerst Eingesetzte die Erbschaft in Anspruch nehmen würde und die **hereditatis aditio** schon vorgenommen habe, so wird der Prätor ebenso wenig noch eine **sec. tab. b. p.** ertheilt haben, als er, wenn schon die **scripti** angetreten haben, noch eine **b. p. unde liberi** giebt (Bd. I. S. 237). Er würde hier etwas ganz Unnützes, im Gegentheil die Erbschaftsregulirung Verweitläuftigendes thun, und das wäre ein Mißbrauch des Instituts der **b. p.** gewesen sein. Daher konnte nun auch der in dem ersten Testament Eingesetzte, wenn die Frist noch lief, die **sec. tab. b. p.** erhalten.

b. Wenn kein testamentarischer Civilerbe vorhanden ist, so darf auch der Civilintestaterbe, also selbst der exheredirte **suus**, und in Ermangelung der **sui** der **proximus agnatus** den **sec. tab. b. possessor** vom Vermögen verdrängen. Aber hier kann dies auf alle Fälle nur durch die **her. pet.** oder **exceptio** (s. §. 105. Note 5) geschehen, eine gleich anfängliche Ausschließung des Instituirten von der **b. p. sec. tab.** ist, wie wir oben gesehen haben, durchaus nicht denkbar. Von

diesem Auftreten des Intestaterben spricht Gaius II. 149 neben dem testamentarischen Erben, während er im §. 119. lediglich Ersteren hervorhebt:

> Praetor tamen si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur: et si nemo sit, ad quem ab intestato jure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem: nam idem juris est et si alia ex causa (d. h. nicht bloß wenn die Frau ohne Tutor testirte, wovon im §. 118. die Rede war) testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit.

Das **si nemo sit, ad quem ab intestato pertineat hereditas**, läßt sich in drei Fälle zerlegen. Erstens wenn in der That gar kein Civilerbe vorhanden ist, zweitens wenn er da ist, aber dem b. possessor die Erbschaft nicht evinciren will, drittens wenn der b. possessor selbst der nächste civile Intestaterbe ist. Im letzteren Fall ist die Aufrechthaltung des Testaments, welche der Prätor vorschreibt, gar nicht zu Gunsten des Eingesetzten, wohl aber der Vermächtnißnehmer. Da überhaupt, wie jedes Testament, so auch das non jure factum ebensowohl um Letzterer als um der Ersteren willen geschützt wird, so muß dies nun auch festgehalten werden, wo das Interesse des Instituirten eher die Intestatsuccession herbeiführen mögte.

§. 107. — 2. **Das testamentum jure factum, postea irritum factum**[1]. Dies hängt mit dem zweiten

1) Daß sich dieser Fall auf die Vernichtung des Testaments durch spätere cap. dim. des Testators bezieht, ist ebensowenig zweifelhaft, wie die technische Bedeutung des non jure factum testamentum. Die noch mitzutheilenden Worte des Gaius beweisen es vollkommen, s. auch Gai. II. 145 und 149 im Anf. In einem nicht technischen Sinne wird das Wort in fr. 1. de inj. rupt. genommen. — Die Bedeutung des Falles, wenn das Testament zugleich non jure factum

bedingenden Beweise der sec. tab. b. p. genau zusammen. Dadurch war nämlich der Fall ausgeschlossen, daß der Testator nach Errichtung des Testaments eine der drei capitis diminutiones erlitt, und in diesem Zustande verstarb, denn zur Erlangung der b. p. gehörte ja der Beweis, daß der Erblasser als civis Romanus und suae potestatis gestorben sei.

Aber ebenso wie wir beim non jure factum gesehen haben, daß keineswegs alle formellen Testamentsmängel, welche über die bedingenden Beweise hinaus lagen, jetzt für die Ertheilung der sec. tab. b. p. gleichgültig geworden wären, so können wir dies mit voller Sicherheit auch hier nachweisen. Ebenso wie dort die Zahl und Fähigkeit der Zeugen so wie die unitas actus die Bedeutung der vernichtenden Beweise behielten, so sind auch hier eine Reihe von Fällen der cap. dim. auszuscheiden, auf die sich der Prätorische Schutz des irritum testamentum gar nicht bezieht.

Vorerst ist in allen den Fällen Richtigkeit der sec. tab. b. p. vorhanden, wo die cap. diminutio schon zur Zeit der Testamentserrichtung Statt gefunden hatte. Dies beweist sich schon dadurch, daß Gaius nur von dem testamentum postea irritum factum spricht. Es geht ferner auch aus den Bd. I. S. 178 und 185 mitgetheilten Stellen hervor, welche zeigen, daß die Errichtung eines Testaments von Seiten eines servus, Nichtcivis oder filiusfamilias unter die allgemeine Frage der mangelnden testamentifactio gehört, in Folge deren b. p. peti non potest.

Aber wir müssen wohl noch weiter gehen. Nicht jedes Testament wird vom Prätor geschützt, dessen Urheber nach der Errichtung eine capitis diminutio erlitt, die noch vor dem Tode wieder weggefallen ist, sondern nur dann wird es aufrecht erhalten, wenn dies eine capitis diminutio minima war [2]). Dies scheint Gaius im §. 147. sagen zu wollen:

---

und irritum ist, kann man sich leicht construiren; s. meine historia b. p. sec. tab. p. 69.

2) Die entgegengesetzte Ansicht hatte ich in meiner historia b. p. sec. tab. angenommen (p. 42.), der dann Buchholz in der Recension dieser Schrift in der Hallischen Literaturzeitung widersprach.

nam si ideo irritum fit testamentum, quod postea civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut hic in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate est, non potest scriptus heres secundum tabulas b. p. petere.

Also nur bei der **cap. dim. minima** setzt Gaius ausdrücklich hinzu, daß sie, um ein Hinderungsgrund der **sec. tab.** zu sein, noch **mortis tempore** bestehen müsse, wogegen eine nach der Testamentserrichtung eingetretene **cap. dim. maxima** und **media** ganz allgemein den Prätorischen Schutz unmöglich macht; wogegen freilich, wenn dann durch **indulgentia principis** eine **in int. rest.** gegeben wird, ein noch stärkeres Recht, nämlich völlige Convalescenz des Testaments die Folge ist [3]). Hiemit stimmt überein, daß die Pandektenstellen, welche von dem Prätorischen Schutze des **irritum testamentum** handeln, lediglich von der **minima cap. dim.** sprechen.

Es ist also dieser ganze zweite Fall ein dem Umfange nach sehr geringer. Wenn der Testator bei der Testamentserrichtung und beim Tode **sui juris** war, aber in der Zwischenzeit einmal in einer fremden Familie gestanden hat, so soll das Testament nichts destoweniger ein Prätorisch gültiges sein, und der Eingesetzte, falls keine Civilerben Ansprüche machen, eine **b. p. cum re** haben.

Es fragt sich nun, wer diese Civilerben sein können. Während beim **non jure factum testamentum** sich sowohl **heredes ex testamento** als **ab intestato** denken lassen, so leuchtet es ein, daß hier nur von gegenüberstehenden Civilintestaterben die Rede sein kann. Wir nehmen hier ja ein **jure factum testamentum** an, also ein anderes früheres Testament wird dadurch rumpirt, und umgekehrt ein anderes späteres Testament vernichtet das **irritum** dergestalt, daß nun auch der Prätorische Schutz aus demselben nicht mehr möglich ist. Gegen den Intestaterben aber steht das **irritum** ebenso wie das **non jure factum**, wir können also auch nach dem im vorigen § Gesagten die Sache genauer so fassen: die **b. p.** aus

3) Fr. 6. §. 12. de inj. rupt.

dem **irritum testamentum** ist **cum re**, wenn gar kein **legitimus** vorhanden ist, oder der Vorhandene verzichtet, oder endlich der **b. possessor** selbst der nächste Civilintestaterbe ist.

Wir sehen indessen aus einer Pandektenstelle, daß die Römer im Schutz des **irritum testamentum** noch weiter gegangen sind, was sich aber doch aus dem bisher Gesagten sehr naturgemäß entwickeln mußte. Der Prätor behandelt es nämlich, wie wir gesehen haben, als ein gültiges Testament, weßhalb denn trotz der civilen Nichtigkeit eine **b. p. ab intestato** nicht mehr ertheilt werden kann. Freilich will er den **legitimi** ihr Civilrecht damit nicht entziehen, aber da er doch einmal die Gültigkeit des Testaments als die juristische Basis annimmt, so muß sich danach auch die Art des Rechtsschutzes richten, welche er den **legitimi** gegen dies Testament gewährt. Es ist nämlich eine **exceptio doli**, wodurch sie gegen den klagenden **scriptus heres**, wenn er sich auf die Gültigkeit des Testaments nach Prätorischem Recht beruft, siegen. Aber nun können doch noch wieder Umstände eintreten, welche diese **exceptio** als unzulässig erscheinen lassen. Wenn nämlich der Testator, nachdem er aus der fremden Familie schon wieder herausgetreten war, nochmals besonders erklärt hat, er erkenne sein früheres Testament an, so macht der dadurch dasselbe nicht erst gültig, sondern es gilt ja schon ohne das nach Prätorischem Rechte. Man kann also nicht einwerfen, es werde hier Jemand in Folge einer formlosen Willenserklärung, gegen die allgemeinen Regeln des Rechts, beerbt. Aber gerade weil auch abgesehen hievon das Testament als ein in sich selbst gültiges erscheint, muß jene Erklärung des Erblassers eine juristische Bedeutung haben, und diese kann offenbar nur die sein, daß dadurch jenes Vertheidigungsmittel der **legitimi**, welches der Prätor an und für sich gegen das Testament zuläßt, elidirt wird. Hiernach wird folgende Stelle verständlich sein:

Fr. 11. § 2. de b. p. sec. tab. (Papinian.) — Testamento facto Titius arrogandum se praebuit, ac postea sui juris effectus vita decessit; scriptus heres, si possessionem petat (mit dem **Int. quor.**

bon.), exceptione doli mali summovebitur[4], quia dando se in arrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane si sui juris effectus codicillis, aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, judicio recenti rediisse intelligetur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum; non enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed viribus exceptionis, quae in hoc judicio, quamquam actori opponatur[5], ex persona tamen ejus, qui opponit, aestimatur.

§. 108. — 3. Das testamentum jure factum,

4) Nach dem was wir aus Gaius über die Prätorische Gültigkeit des irritum testamentum erfahren, scheint es mir unmöglich, unter dem, welcher diese exc. doli vorschützen darf, einen Anderen als den legitimus heres zu verstehen. Offenbar mußte Letzterer sich gleich gegen das Interdict mit dieser exceptio schützen dürfen, während nach dem ursprünglichen Begriff der b. p. dies nicht möglich ist (Bd. I. S. 384.). Es liegt hier der singuläre Fall vor, daß der b. possessor nur unter der Voraussetzung, der heres mache keine Ansprüche, das Vermögen haben soll. Da man nun auch dem heres hier keine Säumigkeit imputiren, und ihn lediglich auf die her. pet. verweisen kann, weil er ja gar nicht im Stande ist, eine b. p. zu agnosciren, so muß er doch sein vom Prätor vollkommen anerkanntes Recht gleich bei der ersten Gelegenheit geltend machen können. Francke N. E. R. S. 107. hat das Verdienst, dies bereits bemerkt zu haben. — Die ganze Erklärung, welche Fabricius S. 140 ff. von dieser Stelle giebt, muß ich verwerfen.

5) Darin, daß Papinian dies so speciell hervorhebt, liegt eine besondere Hindeutung darauf, daß es etwas Ausnahmsweises sei, in diesem judicium sich mittelst der exceptio doli auf sein heres-Sein berufen zu dürfen. Daß unter diesem judicium das Interdictum quor. bon. verstanden wird, geht aus den Worten si possessionem petat mit Entschiedenheit hervor, Papinian kann darunter nicht die Agnition der b. p. verstehen, weil er von einem judicium und der Vorschützung einer exceptio spricht.

postea ruptum. Während wir aus Gaius selbst mit Sicherheit ersehen können, was er unter dem **non jure factum** und **irritum testamentum** versteht, so finden wir für den dritten Fall des **ruptum testamentum** in seiner Darstellung gar keine Anhaltspunkte. Vielleicht hat er auf der sehr unleserlichen p. 92. davon gesprochen. Nichtsdestoweniger können wir durch andere Argumente bestimmen, auf welchen Fall des **ruptum testamentum** sich der Prätorische Schutz lediglich bezogen hat.

Daß sich nämlich derselbe auf alle Fälle erstreckt habe, welche technisch unter dem Ausdruck des **ruptum testamentum** zusammengestellt werden, ist schlechterdings undenkbar. Wenn das Testament durch ein späteres rumpirt wird, so zeigt die Darstellung des Gaius II. 144. es ganz unzweifelhaft, daß jedenfalls das erste Testament gar keine Wirkungen habe. Er sagt ausdrücklich, auch wenn **ex posteriore nemo heres exstiterit**, so sterbe der **paterfamilias** nichts destoweniger **intestatus**. Dies ist aber gerade das Entgegengesetzte jenes Prätorischen Schutzes. Gaius kann also unter dem **ruptum testamentum**, welches er mit dem **non jure factum** und **irritum** auf eine Stufe stellt, nur an das denken, welches durch Agnasciren eines **postumus** vernichtet ist, wovon er vorher weitläuftig in den §§ 130—43. gehandelt hatte. Aber auch dieser Fall ist keineswegs vollständig hieher zu ziehen. Wir haben es in der Lehre von der **c. t. b. p.** dargethan, daß wenn der rumpirende **postumus** noch vorhanden ist, und Ansprüche macht, ganz entschieden die Intestatsuccession eintritt, also von einer **sec. tab.** nicht die Rede sein kann. Danach bleiben nur noch zwei Fälle übrig, wenn nämlich der rumpirende **postumus** nach dem Tode des Erblassers noch vorhanden ist, aber auf sein Erbrecht verzichtet, und wenn er schon vor dem Tode des Erblassers wieder weggefallen war. Der erstere Fall aber gehört unter die weitergreifende Frage, welche Wirkungen das Abstiniren eines das Testament vernichtenden **suus** hervorrufe. Wir werden diese nachher noch besonders prüfen, und finden, daß hier nicht die ursprüngliche Ungültigkeit des Testaments, sondern das Abstiniren der wahre das ganze Rechtsverhältniß gestaltende Grund ist. Also auch dies gehört nicht hieher, und so bleibt gar kein anderer Fall übrig, als

der der Ruption durch einen schon vor dem **mortis tempus** wieder weggefallenen **postumus**.

Das Interesse des **postumus** kommt gar nicht mehr in Betracht, also es ist lediglich die civilrechtliche Strenge, welche ganz allgemein die Nichtigkeit des Testaments anordnet. Diese aber erscheint hier mehr als **juris scrupulositas**, wie als vernünftige Rechtsbestimmung, und so ist es wahrlich nicht wunderbar, daß der Prätor auch in diesem dritten Falle das Testament für gültig erklärte, und dem Eingesetzten Schutz verlieh, sobald nur kein Civilerbe Anspruch auf die Erbschaft mache. Das Testament war doch anfangs gültig errichtet worden, die vernichtende Person war wieder weggefallen, der Testator hätte also, ebenso wie beim **irritum testamentum**, nur ganz dasselbe Testament noch einmal ohne alle Veränderungen zu errichten brauchen; diese rein formelle Wiederholung sollte daher nicht mehr nöthig sein. Auf eine nochmalige Anerkennung des Testaments von Seiten des Testators konnte es der Prätor hier ebensowenig stellen, wie dort beim **irritum testamentum**, denn das hieße durch **nuda voluntas** ein Testament constituiren. Hätte also nicht der Prätor schon ohne das Grund genug gehabt, das Testament aufrecht zu erhalten, so hätte dann auch die nochmalige besondere Anerkennung keine Bedeutung haben können.

Da aber das Testament schon in sich selbst als Prätorisch gültig behandelt werden durfte, so mußte auch hier der Schutz der **legitimi** (denn auch hier sind ebenso wie beim **irritum testamentum** nur diese denkbar) die juristische Gestalt einer **doli exceptio** annehmen. Wir werden dies nachher noch durch ausdrückliche Quellenzeugnisse bestätigt finden. Daher dürfen wir aber auch wohl unbedenklich annehmen, daß ebenso wie beim **irritum** die nochmalige Anerkennung des Testaments diese **doli exceptio** vernichtete.

Wir können uns nicht wundern, daß in den Quellen hievon nicht die Rede ist. Denn diesem Fall des **ruptum testamentum** wurde, wie wir alsbald sehen werden, schon durch Hadrian eine noch viel stärkere Kraft beigelegt, und so kommt es, daß die Pandektenstellen, welche ihn erwähnen, nur von diesem späteren Rechte sprechen. Es ist ein Glück, daß wir

in den oben angeführten Stellen von Gaius und Ulpian noch den Beweis besitzen, daß sich schon vor dem Hadrianschen Rescript der schwächere Prätorische Rechtssatz neben dem **non jure factum** und **irritum** auch auf das **ruptum testamentum** erstreckt hat. Die Juristen mußten das frühere rein Prätorische Recht noch immer erwähnen, weil dasselbe beim **irritum testamentum** nie durch Kaiserrescripte verändert worden ist, also noch praktisch war, und weil auch bei dem **ruptum** und **non jure factum testamentum** dies zu ihrer Zeit geltende Recht sehr viel leichter verständlich wurde, wenn man den vorhergehenden Schritt des Prätors kannte. Die Kaiser knüpften ganz eng daran an, und deßhalb haben ihre Bestimmungen, die doch Civilrecht sind, ganz die äußere Gestalt des Prätorischen Rechtes. —

Hiermit sind die drei Fälle der, wie Gaius sich ausdrückt, **non per omnia inutilia testamenta** dargestellt. Es erhebt sich aber die Frage, ob sich der Prätorische Schutz nicht etwa noch auf einen vierten Fall bezogen habe, der dem **ruptum testamentum**, wie wir es eben dargestellt haben, außerordentlich nahe stand. Nämlich wenn ein **filius suus jam natus** durch seine Präterition das Testament vernichtet, aber nun jedenfalls vor dem Erblasser stirbt, warum soll nicht auch hier ebenso wie beim **postumus** das Testament als Prätorisch gültiges aufrecht erhalten worden sein?

Ich habe oben schon bemerkt, daß hier nicht die Frage ist, was der Prätor recht wohl hätte thun können, sondern was er wirklich gethan hat; ferner daß nicht ein inneres Princip vorliegt, wonach, was beim **ruptum testamentum** sich beweisen läßt, nun auch ebenso selbst beim völligen Schweigen der Quellen für den eben genannten Fall mit Nothwendigkeit angenommen werden müßte. Es läßt sich leicht nachweisen, daß, während das **irritum** und **ruptum** ganz und gar auf gleicher juristischer Stufe stehen, und also auch der Prätor sie durchaus gleichartig behandeln konnte, in unserem Falle wesentlich andere juristische Gesichtspunkte in Betracht kommen. Dort lag ein im Anfange vollkommen gültiges Testament vor; wenn es nun freilich auch hinterdrein durch das Interesse des arrogirenden Vaters oder des agnascirenden **suus** vernichtet

wurde, so waren diese Personen dann doch vor dem Tode des Testators wieder weggefallen, und so konnte man sich leicht über diese Vernichtungsgründe hinwegsetzen. Beim **filius jam natus** aber nahm die Römische Praxis stets an, daß gar kein Testament errichtet worden sei; hätte also der Prätor dies dennoch schützen wollen, so hätte er sich über die Regel hinwegsetzen müssen, daß was von Anfang an nichtig ist, nicht convalesciren kann. Ich will nicht sagen, daß es eine Undenkbarkeit sei, der Prätor habe dies gethan, aber jedenfalls war es ein juristisch viel bedenklicherer Schritt, und es kommt nun lediglich darauf an, ob er ihn wirklich unternommen hat. Davon aber läßt sich vollständig das Gegentheil darthun.

Schon nach jenen Stellen des Gaius und Ulpian, die bei unserem Prätorischen Rechtssatze nur die drei Fälle des **non jure factum**, **irritum** und **ruptum testamentum**, und wahrlich nicht bloß beispielsweise aufführen, ist die Annahme eines vierten Falles, der unter demselben Rechtssatze gestanden hätte, völlige Willkührlichkeit. Und daß die Präterition des **filius jam natus** mit unter dem Ausdruck **ruptum testamentum** zu begreifen sei, wäre eine noch viel schlimmere Annahme. Hiermit trifft es nun vollkommen zusammen, daß die Art, wie Gaius unseren Fall bespricht, die Möglichkeit jenes Prätorischen Schutzes gänzlich ausschließt. Eben nachdem er in den §§. 118—122. von letzterem gesprochen hat, fährt er **II. 123.** folgendermaßen fort:

> **Item, qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat, vel nominatim exheredet: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, quia scilicet statim ab initio non constiterit institutio. Sed diversae scholae auctores siquidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus, et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant**

nullo jam filio impedimento, quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.

Wir haben oben schon bei dieser Stelle aus dem Stillschweigen des Gaius geschlossen, daß hier wie bei den **postumi** von keiner wahren **contra tabulas** die Rede sein kann, da er umgekehrt bei den Accrescenzerben und Emancipirten derselben sorgfältig Erwähnung thut. Ebenso sicher aber scheint mir auch der Schluß auf die **sec. tab. b. p.** Nachdem er gerade vorher den Prätorischen Schutz des **non jure factum testamentum** ausgeführt hat, könnte er von der Präterition des verstorbenen Haussohns gar nicht so sprechen, wie er thut, wenn dafür im Edicte gleichmäßige Bestimmungen bestanden hätten. Nach der Ansicht seiner Schule soll der Erblasser völlig **inutiliter** testirt haben, also zu einer **sec. tabulas** war hier ebenso wenig Raum, wie zu einer **c. t. b. p.** Die Gegner erkannten dies freilich nicht an, aber sie gingen über die Gränzen jenes Prätorischen Schutzes nun völlig hinaus, sie nahmen civilrechtliche Gültigkeit des Testaments, also auch Zulässigkeit der **her. aditio** an. Indessen wissen wir, daß diese Ansicht nicht durchgedrungen ist [1]), und so haben wir als gewiß festzuhalten, daß die Präterition des schon lebenden Haussohns, mogte er noch leben und Ansprüche machen, oder mogte er schon früher gestorben sein, stets für die **sec. tab. b. p.** die Bedeutung des vernichtenden Beweises behielt [2]), m. a. W. daß immer, wenn dieser Nichtigkeitsgrund des Testamentes zu Tage kam, nach civilem wie Prätorischem Recht die Intestatsuccession eintrat.

§. 109. — 4. Aufrechthaltung des Testaments in Folge des Abstinirens eines präterirten **suus** [1]). Aus

---

1) Fr. 7. de liber. et post. (Paulus) — Si filius, qui in potestate est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur; et eo jure utimur.

2) Es ist also nicht eine b. p. sine re, sondern eine quae data non intelligitur, wenn trotz dem die sec. tab. ertheilt worden war.

1) Diesen vierten Fall habe ich in meiner historia sec. tab. b. p.

der bisherigen Darstellung wird es zur Genüge hervorgehen, daß ein vierter jenen dreien gleichartiger Fall nicht bestanden haben kann; also die Prätorische Rechtsregel, daß einzelne vitiöse Testamente Wirkung haben sollen, **si nemo alius sit jure civili heres**, ist in den voraufgehenden §§ vollständig dargestellt. Wir finden nun aber in den Quellen noch einen anderen Prätorischen Rechtssatz angedeutet, der ebenfalls in die Lehre dieses Kapitels, in der wir die ausnahmsweise Schützung civilrechtlich ungültiger Testamente zu prüfen haben, gehört. Er ist gerade das Umgekehrte des vorigen. Es wird auch bisweilen, **si alius sit jure civili heres**, das Testament vom Prätor aufrechterhalten. Ich brauche wohl nicht weiter auszuführen, daß dies sich nur denken läßt, wenn der Civilerbe ein **suus** ist, der in dem Testamente präterirt wurde, durch diese Präterition es vernichtete (also ein **filius jam natus** oder ein **postumus**), und nun vom väterlichen Vermögen sich abstinirt.

Ferner aber leuchtet auch ein, daß Gaius und Ulpian diesen vierten Fall mit jenen dreien, denen er gerade entgegengesetzt ist, nicht zusammenstellen konnten; wir lernen ihn vielmehr aus einer Pandektenstelle kennen (**fr. 17. de inj. rupt.**), welche in einem anderen Zusammenhange bereits mitgetheilt worden ist (§. 95.). Dort ist auch schon die juristische Bedeutung des Falles genauer entwickelt [2]). Der Prätor erkennt im Allgemeinen die Nichtigkeit des Testaments und die Intestatsuccession, wenn ein präterirter Haussohn oder **postumus** den Erblasser überlebt, vollkommen an, aber wenn diese interessirten Personen abstiniren, so sollen, da doch jedenfalls beim Vorhandensein des **suus** die übrigen **legitimi** vom Civilrecht nicht gerufen werden, gegen die **subtilitas juris** die

---

p. 44 sqq. nicht richtig dargestellt. Der Umstand, daß Gaius und Ulpian ihn nicht neben den anderen dreien erwähnen, führte mich weiter als dieser Grund allerdings beweist, und so kam ich dazu den Fall ganz zu läugnen. Indeß liegt das Richtige doch nicht weit von dem entfernt, was ich damals annahm.

2) S. auch §. 88. Note **11**. — Besonders ist noch auf Franckes (Notherbenrecht S. **108**.) treffliche Interpretation des **fr. 17. cit.** zu verweisen.

Dispositionen des Testaments ex bono et aequo geschützt sein. Also nicht wie in jenen anderen drei Fällen wird der Ungültigkeitsgrund des Testamentes selbst vom Prätor mißbilligt, sondern das Ganze ruht auf einem von Außen herzutretenden Umstande, auf dem Willen des Civilerben, und dies beneficium abstinendi ist die Grundlage, aus welchem die weiteren Rechtsverhältnisse sich erklären.

Ich überlasse es dem Leser, sich die Aehnlichkeiten und Unähnlichkeiten, welche hiernach zwischen diesem vierten Falle und den anderen dreien bestehen, selbst zu construiren, und begnüge mich die Hauptpunkte, welche das beneficium abstinendi mit sich führt, hervorzuheben. Der suus, welcher abstinirt, bleibt nichts destoweniger heres [3]), aber der Prätor läßt die Wirkungen des Erbrechts nicht für ihn eintreten [4]). Die gewöhnliche Folge davon ist nun, wegen der meist vorliegenden Insolvenz, die bonorum venditio, wovon denn auch die Römischen Juristen meistens sprechen [5]), und in diesem Falle ist nicht die Aufrechthaltung des Testaments, sondern die Prätorische Universalsuccession aus der bonorum venditio das Endresultat.

Aber freilich kann der suus, auch ohne daß das Vermögen insolvent ist, abstiniren, er kann gute Gründe haben, sich in die weitläuftigen väterlichen Erbschaftsverhältnisse nicht einlassen zu wollen [6]), ja es braucht ihm auch der Vater gar nicht abhold gewesen zu sein. Wir können ja annehmen, daß er Andere instituirte, aber dem präterirten suus ein großes Legat hinterließ. Ebenso wenig wie nach Note 6. der instituirte Sohn, wenn er abstinirt, dadurch sein Recht auf das Legat

---

3) fr. 1. §. 7. si quis omissa. fr. 30. §. 10. de fideic. lib.

4) Fr. 12. pr. de int. in jure.

5) Gai. II. 158. fr. 8. de jure del. fr. 28. de reb. auct. jud. fr. 10. de sepulcro viol.

6) Fr. 87. de legat. I. (Pap.) Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto legatum quoque reliquit; durissima sententia est existimantium, denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate; non enim impugnatur judicium ab eo, qui justis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari. fr. 89. de legat. I.

einbüßt, so kann man es dem Präterirten verweigern, wenn er gerade deßhalb auf die Universalsuccession verzichtet, damit der Instituirte als **sec. tab. bonorum possessor** die Erbschaft regulire und ihm sein Legat auszahle.

Umgekehrt kann es auch gerade der Sohn selbst sein, welcher, obgleich das Testament durch ihn vernichtet ist, (wenn er unter einer casuellen Bedingung instituirt war) die **sec. tab. b. p.** erbittet, sei es aus Pietät, sei es aus anderen Zwecken; wobei es aber nicht zweifelhaft ist, daß wenn er nur unter gewissen Voraussetzungen (z. B. die Bedingung seiner Einsetzung werde eintreten) auf sein Notherbenrecht verzichtete, weiter hinaus auch die testamentarische Succession nicht aufrecht erhalten wird (s. §. 89.).

Ueberhaupt wird Jedermann einsehen, daß die Wirkungen des Abstinirens sehr verschiedenartige sein können, und daß dies aus den Gründen sowie den Voraussetzungen, unter denen der Verzicht des **suus** vorgenommen wurde, sich stets gar leicht ableiten läßt [7]).

II. Die kaiserlichen Rescripte.

§. 110. Ueber die bisher dargestellten vier Fälle ist der Prätor in der Aufrechthaltung civilrechtlich ungültiger Testamente nicht hinausgegangen, wenigstens finden wir davon in unseren Quellen keine Spuren. An dies Prätorische Recht knüpften nun aber wiederum die Kaiser an, und zogen so die Sache gleichsam wieder ins Civilrecht zurück. Dies bleibt mir nun noch darzustellen übrig.

Wir haben hier drei verschiedene Punkte kennen zu lernen,

---

7) Alle Successionen, welche hinter einem abstinirenden suus eintreten, ruhen lediglich auf Billigkeit, aber freilich einer sehr natürlichen. Man nahm an, daß der suus nur quoties rem haberet (d. h. wenn er das Vermögen wirklich erhält), dem entgegenstehe, welcher beim Nichtvorhandensein desselben heres sein würde; das nudum nomen sui heredis soll kein Hinderniß sein. So rief man denn auch, wenn kein Testament vorhanden war, hinter dem abstinirenden suus die Mutter fr. 2. §. 8. ad SC. Tertull. African und Publicius hatten dies nur zweifelnd aufgestellt (tentant dicere), Ulpian billigt es mit den Worten: quae sententia aequior est.

die sich aber nur auf zwei von jenen vier Fällen, nämlich das **non jure factum** und **ruptum testamentum** beziehen. Für das **irritum** so wie das wegen Abstention des **suus** aufrecht erhaltene Testament ist das bisherige Recht unverändert geblieben.

1. Das **testamentum posterius imperfectum.** Wir beginnen mit einem Punkte, der sich auf das **non jure factum testamentum** bezieht, und von dem wir auch gar nicht mit Bestimmtheit wissen, ob er in der That durch ein kaiserliches Rescript eingeführt sei. Nur aus seiner inneren Natur läßt sich dies als wahrscheinlich entnehmen, da er mehr einer singulären kaiserlichen Verfügung als einer Prätorischen Edictsbestimmung ähnlich sieht.

Das **test. non jure factum** war gegen ein früheres civilrechtlich gültiges nach Prätorischem Rechte, wie wir gesehen haben, nicht geschützt, wohl aber gegen die, welche als **legitimi** Anspruch auf die Erbschaft machten, unter Anderem auch dann, wenn der im Testament Eingesetzte selbst der nächste civile Intestaterbe war; denn alsdann waren ja seine Gegner nicht wahrhaft **heredes ex jure civili.** Diesen Satz finden wir nun merkwürdiger Weise auch auf den Fall übertragen, wenn aus einem früheren Testamente ein Civilerbe dem **b. possessor** gegenübersteht [1]).

Aus dem bisher dargestellten Prätorischen Rechte folgt dies, wie leicht einzusehen ist, nicht; es ist eine ganz neue, die Bedeutung des **non jure factum testamentum** vergrößernde Bestimmung, von der wir nicht wissen, wann und von wem sie eingeführt worden ist, bei der es auch überdem unklar bleibt, ob die testamentarischen Civilerben nur dann zurückgetrieben werden sollen, wenn die im zweiten Testament Eingesetzten die nächsten Civilintestaterben, oder auch die nächsten vom Prätor **ab intestato** Gerufenen sind. Das

---

1) Fr. 2. de injusto rupto (Ulp.). — Tunc autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est, nisi forte posterius vel jure militari sit factum, vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest; tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur.

aber ist jedenfalls sicher, daß unter diesem zweiten **non rite perfectum testamentum** zu Ulpians Zeit lediglich unser **non jure factum**, welchem der Prätor jene suppletorische Gültigkeit verliehen hatte, verstanden werden kann.

Dies Alles ist sehr gut von Fabricius S. 127. u. ff. entwickelt worden, und ich habe deßhalb nur noch Folgendes hinzuzufügen. Fabricius nimmt mit Recht an, daß der Rechtsschutz des im **imperfectum** Eingesetzten darauf ruht, daß er die **sec. tab. b. p.** agnosciren muß, und alsdann gegen den klagenden testamentarischen Civilerben die **doli exceptio** hat, oder umgekehrt Letzterem gegen das Interdict des Ersteren nicht mehr die **doli exceptio** zugestanden wird. Deßhalb meint aber Fabricius, Ulpian könne unmöglich die Endworte: **tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur**, welche auf eine civilrechtliche Vernichtung deuteten, geschrieben haben, und sie könnten nur von den Compilatoren herrühren.

Mir scheint diese Annahme kaum nöthig. Das **non jure factum testamentum** erschien schon als prätorisch gültig, jetzt wird es sogar in diesem besonderen Falle dem Civiltestamente vorgestellt, und wenn nun namentlich es richtig wäre, daß dies durch ein Kaiserrescript geschehen sei, so scheint mir, daß Ulpian recht wohl so schreiben konnte, wenngleich der ganze Rechtsschutz nur auf verweigerten und gegebenen **exceptiones doli** ruht, und der im zweiten Testament Eingesetzte lediglich durch die **sec. tab. b. p.**, nicht auch durch **her. aditio** zur Erbschaft gelangen kann.

Sei dem, wie ihm wolle, jedenfalls wurde hier jetzt dem practischen Effecte nach das frühere Testament durch das spätere **imperfectum** rumpirt. Und dies mußte nothwendig die weitere Folgerung herbeiführen, daß da das spätere Testament seinem Inhalte nach aufrecht erhalten wird, dieser Inhalt nun auch für die Frage in Betracht kommen muß, ob nicht dadurch das Notherbenrecht Anderer verletzt sei. Und wenn dies der Fall ist, so muß das spätere Testament, gerade weil es das frühere vernichtet, der Grund werden, daß der Notherbe zur Succession gelangt, während wenn das zweite Testament gegen das erste nicht aufrecht erhalten werden kann, es

natürlich nur darauf ankommt, ob in diesem ersten der fragliche Notherbe gehörig berücksichtigt worden sei [2]).

2. **Das testamentum ruptum.** Den vorigen Fall habe ich gleich vorausgestellt, weil wir nicht wissen, wann die angegebene Rechtsänderung eingeführt worden ist, und sie möglicherweise den jetzt zu prüfenden Punkten, bei denen wir Zeit und Urheber kennen, vorausgegangen sein kann.

Ein Rescript von Hadrian bestimmte, daß die **sec. tab. b. p.** aus jenem Falle des **ruptum testamentum** nicht bloß, wie der Prätor angenommen hatte: **si nemo alius sit jure civili heres**, sondern überhaupt **cum re** sein solle.

Wir wollen gleich, ehe wir die Stelle kennen lernen, wodurch dies bewiesen wird, die Bedeutung dieses Satzes verfolgen. Die Prätorische Regel über das **non jure factum, irritum** und **ruptum testamentum** habe ich oben so bezeichnet, daß sie eine suppletorische, ihrer inneren Bedeutung nach hinter den **legitimi** aber vor allen Prätorischen Intestaterben stehende Klasse bildet. Jetzt wird nun das **ruptum** gegen alle Civilerben geschützt d. h. gegen die **legitimi** (denn testamentarische sind hier nicht denkbar), was heißt dies also Anderes, als das bisher für vitiös gehaltene Testament ist es jetzt gar nicht mehr, und zwar da ein kaiserliches Rescript dies bestimmt,

---

2) Fr. 12. §. 1. de b. p. c. t. (Gaius). — Si prius testamentum exstet jure factum, quo filius exheredatus est, sequens imperfectum, in quo praeteritus sit filius, posteriore testamento praeteritus recte petet (c. t.) bonorum possessionem, si remoto quoque filio (wenn man sich den filius hinwegdenkt) potiores sunt in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes; et ita jus habet, ut quum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, amoto filio possit obtinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem, si vero ille non possit obtinere hereditatem, filius quoque excludatur. S. §. 95. Note 2. Unter dem filius ist hier übrigens ein emancipatus verstanden, denn beim filius suus ist das Testament, auch wenn er schon wieder gestorben war, inutiliter errichtet, hier würden also auch amoto filio die Eingesetzten nicht hereditatem obtinere fr. 16. §. 1. de vulg. et pup. subst. Also überhaupt das zweite Testament darf nicht aus einem anderen auch vom Prätor anerkannten Grunde von vorn herein nichtig sein.

so kann es auch nicht einmal mehr ein civilrechtlich ungültiges Testament genannt werden. Wir dürfen also auch sagen, daß die alte Klasse der **sec. tab. b. p.** aus einem **jure factum testamentum** diesen Fall des **ruptum** ganz in sich verschmolzen hat, und so ist denn der civilrechtliche Vernichtungsgrund, welcher hier früher bestand, und Anfangs einen vernichtenden Beweis für die **sec. tab.**, später einen Grund der **b. p. sine re** darbot, jetzt hinweggefallen. Nur noch in einem allerdings wichtigen Punkte besteht ein Unterschied zwischen dem vollgültigen und diesem **ruptum testamentum.** Aus jenem braucht der Instituirte die **sec. tab.** gar nicht zu agnosciren, und kann dann doch eine **ab intestato** hinterdrein ertheilte **b. p.** zur **sine re** machen. Aus dem **ruptum testamentum** aber muß der Eingesetzte, wenn er zur Succession gelangen will, die **b. p.** erbitten, eine bloße **her. aditio** und in Folge derselben **her. petitio** gegen einen späteren **b. possessor** ist ihm nicht gestattet. Dies erklärt sich daraus, daß das kaiserliche Rescript sich ganz in die Form des Prätorischen Rechts einkleidet, also abgesehen von dem, was es direct daran verändert, ganz auf den Voraussetzungen der Prätorischen Succession ruht.

Nunmehr können wir zu den Pandektenstellen übergehen, worin von diesem Rechte des **ruptum testamentum** die Rede ist. Sie sind deßhalb noch besonders interessant und wichtig, weil darin auch zugleich eine Zusammenstellung mit dem Rechte anderer vitiöser Testamente, welches wir schon kennen, enthalten ist. Betrachten wir zuerst das bekannte **fr. 12. pr. de inj. rupto** von Ulpian:

> **Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit; licet juris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit, ut et Divus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt; idcircoque legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi. Idem et circa injustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum pos-**

sessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.

Abgesehen von dem Endsatze ist die Stelle sehr einfach verständlich. Daß aus dem **ruptum testamentum**, sobald nur die bedingenden Beweise vorliegen (**si signatum fuerit testamentum**), eine **sec. tab. b. p.** trotz der civilrechtlichen Ungültigkeit gegeben werde, ist gar nichts Neues, das lag schon in jener früheren Prätorischen Bestimmung. Das Eigenthümliche, um dessentwillen Ulpian das Rescript Hadrians anführt, ist das absolute **rem obtinebit**, d. h. daß die **b. p.** jetzt stets **cum re** sein soll, und daher die Legatare und Fideicommissare vollkommen gesichert sind [3]). Mit anderen Worten die Prätorische Einschränkung, daß die **sec. tab.** dann nicht **cum re** sein soll, **si alius sit jure civili heres**, wurde nun auch hier aufgehoben.

Dies leuchtet noch unzweifelhafter aus dem Gegensatze hervor, in welchem Ulpian die am Ende der Stelle erwähnten beiden Fälle dem **ruptum** gegenüberhält. Die **b. p.** aus dem **injustum** und **irritum testamentum** soll nur dann abso-

---

3) Fabricius S. 136. u. S. 209. beschränkt dies wegen fr. 13. de doli mali exc. auf den Fall, wenn dem b. possessor Agnaten gegenüberstehen, wogegen die liberi ihm die b. p. noch immer zur sine re hätten machen können. Allein dies scheint mir mit den ganz ausnahmslos hingestellten Worten Ulpians: remque obtinebit durchaus unvereinbar, und daß jenes fr. 13., das so viele Schwierigkeiten gemacht hat, damit ganz übereinstimmt, habe ich in meiner hist. b. p. sec. tab. p. 62. gezeigt: Liberis exheredatis, qui nihil ex patris judicio meruerunt, rupto testamento jus suum conservandum est, nec opponetur doli mali exceptio. Dies heißt nicht: den exheredirten Kindern wird, wenn das Testament rumpirt ist, ihr Recht conservirt (das würde ja gar nicht zu dem Zusatze: qui nihil ex patris judicio meruerunt passen); sondern es heißt umgekehrt: wenn Kinder exheredirt sind, so ist dem ruptum testamentum sein Recht zu conserviren, und es kann auch nicht mehr die doli exceptio opponirt werden, welche hier vor dem Rescript Hadrians die legitimi, ebenso wie beim irritum testamentum, dem b. possessor entgegensetzen konnten. Auch die Kinder und Erben des Exheredirten dürfen sich nicht auf die exceptio berufen; exheredatus enim obstat filiis suis. fr. 3. de conjungend. cum em.

lut **cum re** sein, wenn der Eingesetzte der nächste Intestaterbe ist, während diese Einschränkung für das **ruptum** nicht mehr besteht. Aber nun erhebt sich die Frage, welche Fälle Ulpian mit den beiden Ausdrücken **injustum** und **irritum** bezeichnen will. Für letzteres besteht kein Zweifel, Ersteres dagegen wird neuerdings meistens auf das durch Präterition eines (**filius**) **suus jam natus** nichtige Testament bezogen [4]), was ich schon in meiner **historia b. p. sec. tab. p. 55.** widerlegt zu haben glaube. Die Gründe, aus denen dies hervorgeht, ergeben sich aus der bisherigen Darstellung von selbst. Daß nämlich jene Prätorische Rechtsregel sich auch auf diesen vierten Testamentsfehler bezogen habe, davon findet sich nirgends in den Quellen eine Spur, und aus dieser zweifelhaften Stelle ihn gerade beweisen wollen, ist deßhalb unzulässig, weil der Ausdruck **injustum testamentum**, wenn er auch bisweilen für diesen Testamentsmangel gebraucht wird, doch keineswegs ausschließend technisch dafür ist [5]) und jedenfalls Niemand läugnen wird, daß Ulpian sehr wohl unter **injustum** auch das **non jure factum** verstehen konnte. Beide Ausdrücke stehen ja sprachlich ganz unmittelbar bei einander. Ziehen wir nun das im §. 108. Gesagte hinzu, bedenken wir namentlich, daß dies Schweigen des Gaius über diesen fraglichen vierten Fall hier wahr-

4) Francke S. 118. Mühlenbruch Bd. 36. S. 318. Vangerow Leitfaden II. S. 254.

5) Dieses vitium hat nicht so wie das Nachgeborensein eines Kindes, die cap. dim. des Testators, die Ausschlagung des heres, die Formfehler, einen eigenen ganz besonderen Namen erhalten, sondern bald wird das Testament nullius momenti (fr. 1. de inj. rupt. fr. 83. de cond. et dem.) bald inutile (fr. 30. de lib. et post. Gai. II. 123.) genannt, bald endlich wird davon allerdings gesagt, daß die Söhne es injustum faciunt (fr. 3. §. 3. fr. 6. §. 1. de lib. et post.). Aber dies heißt nichts als „sie machen es ungültig,“ und eine technische Bedeutung ist daraus nicht zu entnehmen, denn in ähnlicher Weise wird auch irritum facere oder in irritum constituere (obgleich sonst irritum testamentum eine ganz besondere Bedeutung hat), häufig gebraucht. Isidor. Or. V. 24. fr. 1. de inj. rupt. fr. 15. §. 1. fr. 27. fr. 36. §. 3. de test. milit. fr. 81. de legat. II. fr. 18. de accus. et inscript. fr. 26. de negot. gest. fr. 11. §. 8. de interrog. in jure. fr. 14. de reb. eor. qui sub tut.

lich Mehr ist, als etwas bloß Negatives, so schwindet auch die Möglichkeit, in unserer Ulpianschen Stelle aus dem zweifelhaften Ausdruck **injustum testamentum** auf das Bestehen jenes Prätorischen Schutzes für das durch den Haussohn vernichtete Testament zu schließen [6]). Und von der anderen Seite ist die Annahme ja so nahe liegend, daß, wie Gaius und auch Ulpian (XXIII. 6.) die drei Fälle des **non jure factum**, **irritum** und **ruptum** nebeneinanderstellen, so dies auch in unserem **fr. 12. pr. cit.** geschehen sei [7]). Nur versetzt sich dabei Ulpian auf einen anderen Standpunkt als dort. Das **ruptum testamentum** war nach dem Rescripte Hadrians absolut geschützt worden, der Jurist kann also das **non jure factum** und **irritum** nur unter der Voraussetzung damit zusammenstellen, wenn die daraus ertheilte **b. p.** ebenfalls gleich mit der Ertheilung absolut **cum re** war. Dies ist aber, wie wir vorher schon entwickelt haben, lediglich der Fall, wenn der darin Eingesetzte zugleich der nächste Intestaterbe ist. Für das **irritum** bezweifelt dies Niemand, und auch das **non jure factum** ist, wie eben unter Nro. 1. ausgeführt wurde, nur unter dieser Voraussetzung absolut auch gegen ein früheres Civiltestament geschützt [7a]). Zugleich liegt aber hierin, daß Ulpian

---

6) Die Ansicht, daß in diesem Falle der Prätor noch weiter, als beim non jure factum, irritum und ruptum test. gegangen sei, und die sec. tab. für absolut cum re erklärt habe (so daß also der Prätor hier das gethan hätte, wozu es beim ruptum erst durch das Rescript Hadrians kam), hat gar nichts für sich, und ist schon von Francke S. 115. widerlegt.

7) Noch in einer anderen Stelle (fr. 1. de exc. rei jud.) werden die drei Fälle des ruptum, irritum und non justum testamentum zusammengestellt; freilich ohne weitere Erklärung, was darunter verstanden werde. Aber der Jurist muß doch die Aufrechthaltung dieser Testamente annehmen, da er daraus eine Klage auf die libertas oder ein Legat zuläßt, und sogar aus der Zurückweisung des Legatars (mag der Richter recht oder unrecht entschieden haben) kein praejudicium für die libertas entstehen soll. —

7a) Damit widerlegt sich Franckes Bedenken, daß von dem non jure factum test. deßhalb hier nicht die Rede sein könne, weil nach dem Rescript des Anton. Pius (Mark Aurel) dies ebenfalls absolut und nicht bloß wenn der Instituirte zugleich Intestaterbe war, geschützt

gar nicht die Absicht hat, das ganze Rechtsverhältniß des **non jure factum** und **irritum test.** zu entwickeln, also alle Fälle anzugeben, in denen die daraus ertheilte **b. p. cum re** ist. Also die anderen beiden Fälle, die wir oben gerechtfertigt haben (daß der **b. possessor** das Vermögen behält, wenn sich kein Civilerbe findet, oder wenn der vorhandene die **her. pet.** nicht anstellt), bestehen noch daneben, nur eigneten sie sich, da das **cum re**-Sein hier im Anfange noch unsicher ist, nicht zur Zusammenstellung mit dem **ruptum testamentum**. —

Außer dem **fr. 12. cit.** besitzen wir noch eine andere hieher gehörige Pandektenstelle [8]), worin aber nur zwei von unseren Fällen, nämlich das **irritum** und **ruptum testamentum** mit einander verglichen werden. Auch sie ist uns zur klareren Anschauung dieser ganzen Lehre dienlich.

> **Fr. 8. §. 3. de jure codicill. (Paul.) — Si post factum testamentum codicillos quis confirmaverit, deinde arrogandum se praebuerit, et ibi codicillos fecerit, atque ita emancipatus decesserit, quaeritur, an ex codicillis legata debeantur, nam et (Hal. nec) testamentum valet; sed (et) eo tempore eos fecit, quo testamenti factionem non habuit; nec similis est muto, qui recte codicillos confirmaverit, licet enim is testamentum facere non possit, tamen testamentum quod ante fecerat, in eodem statu est; hujus autem testa-**

---

worden sei. Wir werden alsbald sehen, daß jenes Rescript dem non jure fact. nur gegen die legitimi Schutz gewährte, sollte es absolut (also auch gegen testamentarische Civil-Erben) gültig sein und mithin die Legatare völlig sicher stellen, so mußten die nächsten Intestaterben (nach Nro. 1.) eingesetzt sein. Da dieser Satz aber auch noch im Justinianeischen Rechte für das imperfectum testamentum gilt (wobei allerdings das Wort imperfectum einen anderen Sinn hat), so macht unsere Interpretation des fr. 12. auch vom Standpunkte der Justinianeischen Compilation keine Schwierigkeit

8) Fr. 9. de jure fisci gehört nicht hieher. Es spricht von einem nach dem Tode geborenen und gleich wieder verstorbenen postumus. fr. 22. §. 4. de capt. et de postlim. ist aus der fictio legis Corneliae zu erklären.

mentum sublatum est, et de alienis quodammodo rebus testatur. Sed dicemus, codicillos valere, nam etsi postumus natus ruperit testamentum et decesserit, nihilominus codicilli valent.

Der Jurist fragt, ob neben dem **testamentum irritum** die Codicille bestehen können, welche im Zustande des Arrogirtseins errichtet wurden. Wenn nun auch gerade die Lesart des Hauptgrundes, den der Jurist anführt, zweifelhaft ist, so scheint mir doch sein ganzer Gedankengang wenig Zweifel zu lassen. Nachdem er zuerst die Frage aufgeworfen hat, geht Paulus offenbar darauf aus, Gegengründe, welche die Ungültigkeit der Codicille mit sich zu führen scheinen, anzugeben, und ebendeßhalb läßt sich die Lesart: **nam nec testamentum valet** allerdings vertheidigen. Er versetzt sich in die Zeit, wo die Codicille gemacht werden. „Hier gilt ja nicht einmal das Testament selbst, und (man müßte dann auch für **sed: et** lesen) er hat sie zu einer Zeit errichtet, wo er keine **testamentifactio** hatte. Es läßt sich dies also mit einem **mutus** gar nicht vergleichen, denn durch den nachher eintretenden Körperfehler wird das frühere Testament gar nicht afficirt, während es durch die Arrogation vernichtet wird.“ So läßt sich der Sinn allerdings fassen: aber richtiger scheint mir doch die entgegengesetzte Lesart. Danach führt Paulus gleich zuerst einen bejahenden Grund an. „Die Codicille müssen allerdings gelten, denn es gilt ja auch trotz der vorübergehenden Arrogation das Testament.“ Die Worte **nam et testamentum valet** heißen danach so viel, als was Papinian in **fr. 11. §. 2. de b. p. sec. tab.** (§. 107.) mit **non enim de jure testamenti maxime quaeritur** ausdrückt. Das Testament wird als ein an und für sich gültiges vom Prätor behandelt, und offenbar nimmt Paulus hier eine **b. p. cum re** des Eingesetzten an, da er lediglich die Frage aufwirft, ob die Legatare aus jenen Codicillen auftreten dürfen, was wenn der Eingesetzte selbst durch die **legitimi** vertrieben werden könnte, eine ganz unnütze Frage gewesen wäre.

Nachdem er also zuerst die Gültigkeit des Testaments anerkennt, giebt er dann freilich einen Gegengrund zu, und so

wird das **sed** vollkommen erklärlich. „Allerdings hat der Arrogirte in der Zwischenzeit keine **testamentifactio**, und auch sein Testament war einstweilen völlig **sublatum**, also mit dem **mutus** kann man ihn nicht vergleichen.“ Dafür aber führt nun Paulus am Schluß einen anderen Fall an, der zur Vergleichung geeigneter ist. Auch bei dem wieder verstorbenen **postumus** ist eine Zwischenzeit, worin das Testament völlig ungültig war. Aber da dies doch seit Hadrian absolut auch mit den Legaten aufrecht erhalten wurde (**remque obtinebit, et legatarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi**), so konnte hier jedenfalls kein Zweifel sein, daß auch die in der Zwischenzeit errichteten Legate, als **annexum** des Testaments, Gültigkeit haben müßten [9]).

Freilich ist nun jenes **irritum testamentum** nicht so stark geschützt, als das **ruptum**. Die **legitimi** können dagegen auftreten; aber mit Recht meint Paulus, daß dies für die aufgeworfene Frage (bei der ja die **legitimi** als nicht auftretend zu denken sind) nicht in Betracht komme. Die juristische Grundlage ist doch beim **irritum** wie beim **ruptum** dieselbe; an dem **jus testamenti** selbst wird nicht gezweifelt, ob also im einem Fall die **legitimi** eine **doli exceptio** gegen den klagenden Eingesetzten haben, und im anderen Falle sie ihnen versagt ist, kommt jedenfalls für das Verhältniß des Instituirten zu den Legataren nicht in Betracht.

So kommen wir also, mag Paulus **et** oder **nec** geschrieben haben, in Beziehung auf die juristische Beurtheilung des Falles, wie sie dem Juristen vorschwebte, doch zu einem sicheren Resultate, welches mit dem oben aus anderen Stellen Entwickelten vollkommen übereinstimmt.

§. 111. — 3. Das Rescript Mark Aurels über das **non jure factum testamentum.** Wir gelangen jetzt zu dem letzten Punkte. Das **non jure factum testamentum** war, wenn der nächste Intestaterbe sich darin eingesetzt fand, gegen die testamentarischen Civilerben, und natürlich auch die entfernter stehenden **legitimi** (welche ja dann gar keine **heredes**

---

9) s. auch fr. 12 §. 5. de captiv. et de postlim.

waren) geschützt worden; im Uebrigen aber galt nur jener Prätorische Satz, daß wenn kein Civilerbe die **her. pet.** anstelle, die **b. p. cum re** sein solle. Dies hat nun Mark Aurel dahin verändert, daß der **b. possessor** wenigstens gegen die Civilintestaterben mit der **doli exceptio** sich vertheidigen könne. In Beziehung auf die testamentarischen **heredes** also blieb es beim bisherigen Rechte.

Dies Rescript Mark Aurels ist offenbar die Nachahmung des von Hadrian für das **ruptum** erlassenen. Es hat auch an und für sich gleiche Ausdehnung, indem in beiden Fällen die **legitimi** (durch **doli exc.** gegen deren **her. pet.** oder umgekehrt durch Verweigerung der **doli exc.** gegen das Interdict des **b. poss.**) vertrieben werden, aber der Unterschied ist, daß bei dem **ruptum** sich keine testamentarische Civilerben der Natur der Sache nach denken lassen, während dies allerdings beim **non jure factum** möglich ist, und so letzteres nicht denselben vollkommenen Schutz erhielt, als ersteres. Wenn wir also bei dem **ruptum** gesagt haben, es sei aus der hinter den **legitimi** stehenden Klasse herausgenommen, und mit der alten **sec. tab. b. p.** völlig verschmolzen, so können wir hier es nur so fassen, daß seit Mark Aurel das **non jure factum** der inneren Berechtigung nach eine eigene Klasse gleich hinter der **b. p. ex jure facto testamento**, also vor sämmtlichen Intestatklassen bilde; während freilich in Beziehung auf die äußere Agnitionsfrist alle **b. possessiones** aus vitiösen und nicht vitiösen Testamenten ein einziges Ganzes ausmachen.

Aus der Gleichheit, welche hiernach die Rescripte Mark Aurels und Hadrians darbieten, geht nun zur Genüge hervor, daß der neue hier eingeführte Rechtssatz an und für sich von ganz singulärer Bedeutung ist. Noch mehr erhellt dies aus der Darstellung, welche uns Gaius davon giebt, und die sich gleich an jene Stelle über den Prätorischen Schutz des **non jure factum testamentum** anschließt. (s. oben §. 106.)

> **Gai. II. 120. Sed videamus, an etiamsi frater aut patruus exstent, potiores scriptis heredibus habeantur. rescripto enim Imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos,**

qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.

Wir haben oben gesehen, daß der Prätorische Schutz des **non jure factum testamentum** sich auf mehre Arten der unbedeutenderen Formmängel erstreckt, nicht bloß wenn die **familiae mancipatio** oder **nuncupatio** vergessen war, sondern auch wenn eine Frau ohne ihren **tutor** testirt hatte. Die Prätorische Regel wird nun von Gaius ausdrücklich auf dies Beides bezogen (vielleicht ging sie auch auf die Form der Institution). Aber das Rescript Mark Aurels erstreckt er zuerst nur auf die Unterlassung der **familiae mancipatio** und **nuncupatio**, nicht auf die Testirung ohne **tutor**, obgleich es doch, wie er sagt, allgemein von denen redet, **qui secundum tabulas non jure factas b. p. petierint.** Deßhalb läßt er es ohne Beschränkung nur für die Testamente der Männer gelten (wo ja die Frage über den Tutor nicht vorkommen konnte), und dann macht er für die Frauen eine Einschränkung, die bei der Prätorischen Regel nicht gegolten hatte [1]).

Das Rescript ist mithin seinem eigentlichen directen Inhalte nach sehr unbedeutend; und dennoch müssen wir sagen, daß es in Beziehung auf die Folgen, die daraus hervorgegangen sind, von ganz außerordentlicher Wichtigkeit ist. Der Grund davon liegt in der inneren Natur des vorliegenden Falls. Daß Hadrian das **ruptum testamentum** besser stellte, ist etwas ganz Unbedeutendes, da der Fall selbst ein höchst singulärer ist. Ebenso wäre von unserem Rescripte, wenn es der Frau bloß

---

1) Gai. II. 121. 122. Die Zuziehung des Tutors solle nämlich noch immer nöthig sein, wenn es ein parens oder patronus war. Daß der Prätor diese Einschränkung bisher nicht gemacht hatte, ist sehr erklärlich, da der Patron ja dann doch nächster Intestaterbe war, und die b. p. zur sine re machen konnte. Jetzt aber wurde sie, um sein Recht nicht zu verletzen, nöthig — Hieraus folgt, daß wenn eine Frau ohne legitimus tutor testirt hatte, aus dem Testament eine sec. tab. erbeten werden konnte, die sich zur sine re machen ließ. Also hat die Prätorische Regel auch nach dem Rescripte in diesem freilich beschränkten Kreise selbst für Intestaterben fortgegolten, was dann später spurlos verschwunden ist. Man hat dies bisher übersehen.

den Tutor erlassen, und auch noch Mehres derartiges bestimmt hätte, wenig Aufhebens zu machen. Aber jener andere Punkt, daß die Mancipationsförmlichkeiten des Testaments für unnöthig erklärt wurden, ist von so großen Folgen gewesen; Folgen, die offenbar der Kaiser bei der Erlassung des Rescripts gar nicht vor Augen hatte und haben konnte. Es hat sich nämlich daraus eine ganz neue Testamentsform entwickelt, während bisher und überhaupt in der ganzen Zeit der klassischen Juristen ein einziges Testament, das **test. per aes et libram**, bestand. Wir werden dies im folgenden Buche (Kap. 2.) weiter durchzuführen haben. — Hier sei mir nur noch erlaubt darauf hinzuweisen, welchen Werth es hat, daß uns durch Gaius eine klare Anschauung dieses Rescriptes und seiner Anknüpfung an das bisherige Prätorische Recht möglich geworden ist. Dies und die Mittheilungen des Gaius über die **pro herede usucapio**, zwei Punkte, auf die man durch Conjecturen nie gelangt sein würde, sind vielleicht die wichtigsten der neueren Zeit gebotenen Hülfsmittel zu einer tieferen Durchschauung des älteren Römischen Erbrechts.

Wir stehen hiermit am Schluß der Lehre von den Fortbildungen der **sec. tab. b. p.**, und damit zugleich am Schluß des Gegenstandes, der den Hauptinhalt dieses zweiten Buchs bildet. Wir kennen jetzt sämmtliche Erbklassen, welche allmählig sich an die ursprüngliche Gestalt der **b. p.** anschlossen, und so das an und für sich kleine Institut zu einem das gesammte Römische Erbrecht erweiternden und fortbildenden Erbsystem machten. In dem folgenden Kapitel haben wir nur noch gemeinsame Lehren über Delation und Acquisition, also überhaupt über die Handhabung des gesammten Prätorischen Erbrechts, zu erörtern. Das Bild, welches wir uns in diesem Werk zuerst von der klassischen Juristenzeit zu entwerfen hatten, ist alsdann beendigt.

Blicken wir noch einmal zurück auf die Gesammtheit der Erbklassen, die wir jetzt erörtert haben. Es sind zwei Elemente, welche in der Geschichte des Römischen Erbrechts die eigentlich

bewegende Rolle gespielt haben, und die Hebel bei der Ausbildung des alten gar zu engen Civilrechts gewesen sind. Ich habe sie gleich im §. 2. dieses Werks hervorgehoben: das Interesse der Personen, welche die Antretung des Erben wünschen, um gegen ihn Rechte geltend zu machen, und das Interesse derer, welche sie umgekehrt nicht wünschen, um in ihrer Ermangelung selbst die Universalsuccession in Anspruch zu nehmen. Beide Elemente, für die im alten Civilrecht gar zu wenig Sorge getragen war, sind durch das Prätorische Recht nach und nach befriedigt worden, nur daß zu verschiedenen Zeiten das eine oder das andere mehr hervortritt. Wir können danach die ganze Zeit, welche wir bis jetzt durchmessen haben, in drei kleinere Zeiträume eintheilen.

In der ersten Periode herrscht durchaus das Element vor, das Recht der Personen, welche die Antretung des **heres** wünschen (also besonders die Gläubiger, im Fall der testamentarischen Succession auch die Legatare, früher auch noch wegen der **sacra** die Pontifen), zu verbessern. Was hier der Prätor thut, geschieht allerdings **emendandi juris civilis gratia**, aber er macht noch keine neue Erbklassen, er erreicht schon dadurch sehr viel, daß er die civilen Erbklassen im **successorium edictum** hintereinander ruft. Die Klassen selbst also sind noch **confirmandi juris civilis gratia** aufgestellt. Nur negativ wird hiemit schon das zweite Element durch Zurücktreibung der **pro herede** Usucapienten berücksichtigt.

Die zweite Periode umfaßt die Klasse der Cognaten und Ehegatten. Beide Elemente hielten sich hier gleichsam die Wage. Daß man neue Klassen überhaupt aufstellte, geschah: **ne quis sine successore moriatur**, also aus dem Interesse der Gläubiger; daß man zu den neuen Klassen gerade diese Personen rief, folgte aus der natürlichen Billigkeit, in Ermangelung des **heres** sie als die nächsten zur Universalsuccession Befugten anzuerkennen. Das Ganze geschah also wiederum **emendandi jur. civ. gratia**, aber auch die Klassen selbst haben hier diesen emendirenden oder suppletorischen Charakter.

Die dritte Periode enthält die **b. p. contra tabulas, unde liberi**, und die Erweiterungen der **secundum tabulas**. Das erste Element, das Interesse der Creditoren tritt hier ganz zu-

rück, dafür war im Bisherigen schon genug gesorgt [2]). Aber es waren noch mancherlei **juris scrupulositates** in Beziehung auf die zur Universalsuccession zu Berufenden auszugleichen. Auch dies hat vorherrschend den Charakter der Emendation, die aber freilich nicht immer ohne einzelne Correctionen des Civilrechts durchführbar war. So ist die **c. t.** absolut correctorisch gegen die **scripti heredes**, die **unde liberi** nur gegen die **legitimi**; die **b. p.** dagegen aus vitiösen Testamenten ist (abgesehen von den kaiserlichen Rescripten) lediglich supletorisch. Aber der Einführungsgrund aller dieser Veränderungen ist gar nicht mehr: **ne quis sine successore moriatur**, sondern das Streben, gewissen Personen unter bestimmten Voraussetzungen zur dauernden Universalsuccession zu verhelfen. Während in den bisherigen Klassen der Zweck des Prätors ebensosehr erreicht ist, wenn die **b. p.** zur **sine re** wird, so ist hier der ganze Grund, weßhalb der Prätor die Aenderungen einführt, daß die **b. p.** in bestimmten Fällen **cum re** sein soll, also definitives Behalten der Erbschaft, nicht mehr interimistische Universalsuccession. Die Rechtsmittel nun, welche der Prätor für die **b. p.** aufstellt, stammen aus der älteren Zeit her, sie sind ihrem Grundwesen nach auf die auch nur interimistische Universalsuccession berechnet. Deßhalb passen sie, wenn sie gleich immer genügenden practischen Schutz gewährten, ihrer eigentlichen juristischen Construction nach nicht mehr zu den Gestaltungen der dritten Periode. (s. §. 97. u. §. 107. Note 4.) Freilich war das noch kein genügender Grund, um das Klagensystem der **b. p.** bereits umzugestalten, aber es sind dies doch schon die Keime, welche weitere Rechtsentwickelungen, die wir kennen lernen werden, vorbereiteten. —

Folgende Tabelle wird hiernach die Uebersicht des Ganzen

---

2) Das Letzte, was in dieser Hinsicht der Prätor that, liegt an und für sich außer dem Gebiet der b. p.; es ist das jus deliberandi. Aber wegen seines sehr erklärlichen und unläugbaren Zusammenhanges mit der b. p. haben wir es im folgenden Kapitel noch genauer in's Auge zu fassen. — Nur das Interesse der Legatare kam bei einzelnen Punkten der sec. tab., wie im Bisherigen schon erwähnt wurde, allerdings in Betracht.

erleichtern. Die Zahlen bezeichnen die Klassen nach den äußeren Agnitionsfristen, weshalb die b. p. aus vitiösen Testamenten keine Zahl hat.

Dritte Periode. Corrigendi und supplendi j. c. gr.	Erste Periode. Confirmandi j. c. gr.	Zweite Periode. Supplendi j. c. gr.
1. Contra tabulas		
sec. tab. a) ruptas. b) non jure factas	2. Sec. tab. jure factas	
3. Unde liberi.		
	4. Unde legitimi. sui. (wenn sie abstiniren, so kann sec. tab. eintreten) agnati (gentiles)	
sec. tab. c) irritas.		
		5. Unde cognati.
		6. Unde vir et uxor.

Fünftes Kapitel.

Delation und Acquisition der bonorum possessio.

§. 112. Das Prätorische System hatte neben den neuen Klassen, die es einführte, auch alle civilrechtlichen Klassen in sich aufgenommen. Danach sollte man meinen, daß man das Prätorische Erbrecht gar nicht als ein selbständiges dem civilrechtlichen gegenübersetzen dürfe. Und in der That wird unsere bisherige Darstellung es wohl zur Genüge erwiesen haben, daß die gesammte **b. p.**, sich eng an das Civilrecht anschließend, durchgehends eine Emendation desselben bezweckt. Aber dabei bleibt es doch nicht minder wahr, daß die **b. p.** ein gewisses geschlossenes Ganzes bildet, welches auch in Gegensatz zum Civilrecht treten kann. Der Grund davon ist die Aufeinanderfolge der Agnitionsfristen, in der, auch wenn schon ein Erbe nach Civilrecht vorhanden ist, regelmäßig so lange die Berufung fortgesetzt wird, bis Jemand die **b. p.** agnoscirt. Also das **successorium edictum** wird im Allgemeinen vom Prätor ohne Rücksicht auf das Recht des **heres** gehandhabt, was dann aber hinterdrein durch das **sine re**-Werden der **b. p.** sich wieder ausgleicht.

Diese vom Civilrecht ganz abweichende Handhabung des **successorium edictum** oder die gemeinsamen Regeln über Delation und Acquisition der einzelnen Klassen der **b. p.** haben wir jetzt noch genauer für die Zeit der klassischen

Juristen festzustellen [1]). Wir müssen dabei von dem in unseren Quellen so oft hervorgehobenen Satze (s. Bd. I. S. 386. Note 3 u. **fr. 1 de b. p. furioso**) ausgehen, daß es der Zweck des Prätors ist, so rasch als es bei den verschiedenartigen Interessen möglich ist, die Erbschaft zu reguliren, und einen Repräsentanten des Verstorbenen zu gewinnen.

Die Regeln des **successorium edictum** gehen darauf aus, dies Ziel in zweckmäßigster Weise zu erlangen, und sobald es im einzelnen Erbfalle dahin gekommen ist, so stellt der Prätor seine Thätigkeit ein. Daher hat das **successorium edictum** sein Ende erreicht, wenn Jemand **bon. poss.** agnoscirt [2]), noch viel mehr, wenn diese schon vom **heres** zur **sine re** gemacht ist, wahrscheinlich auch, wenn sich das **sine re**-Werden mit Sicherheit voraussehen läßt [3]). Bis aber einer dieser Fälle eintrat, wurden immer von Neuem Fristen berechnet, um die Berufung durch alle die vielen jetzt bestehenden Klassen hindurchzuführen. Wie indeß im Einzelnen dies zu verstehen sei, darüber sind wir Nichts weniger als ganz im Klaren. —

Wenn wir sagen, so wie sich die Quellen ausdrücken [4]), daß für jede Klasse eine eigene Frist von einem Jahr oder hundert Tagen angesetzt wurde, so ist doch damit eine deutliche Anschauung, wie es sich im praktischen Leben gestaltete, noch durchaus nicht gegeben. Wurden denn, so kann man fragen, formell vom Prätor die Fristen angesetzt, und etwa publicirt, und folgte denn nach deren Ablauf allenfalls eine Präclusion der nicht Erschienenen? Wenn auch dahin allenfalls einige Ausdrücke der Quellen gedeutet werden könnten [5]), so ist davon

---

1) Es ist dies also die Lehre, welche auch die Römischen Juristen nach Darstellung der einzelnen Klassen zum Schlusse unter dem Titel de successorio edicto vereinigten, wodurch denn jene engere Bedeutung dieses Ausdrucks entstand, während er nach seinem ursprünglichen Sinn das ganze Edict über die b. p. bedeutete. Bd. I. S. 67.

2) s. Bd I. S. 227. Note 3. u. l. 2. C. de success. ed.

3) s. Bd. I. S. 234 ff.

4) fr. 1. §. 8. §. 12. de succ. ed.

5) z. B. fr. 1. §. 6. de succ. ed. — „jam coepit ad alios pertinere bon. poss., aut fiscum invitare. §. 10. — si quis — in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris competit.“

doch keine einzige sichere Spur, und man würde sich mit dieser Annahme in eine Reihe von Unmöglichkeiten verlieren, welche hier aufzuführen ich mir wohl ersparen kann. — Aber wenn man auch annimmt, daß die Fristen nur ideell berechnet wurden, und die Frage, ob die Frist noch nicht abgelaufen sei, immer erst, wenn Jemand zur Agnition erschien, in Betracht kam, so bleiben doch noch eine Menge von Bedenken. Am wenigsten Schwierigkeit macht es, daß das tempus als utile gilt. Nach dem Bd. 1. S. 103. Note 5. Gesagten, erscheint jede Frist äußerlich als continuum tempus, und deren Ablauf berechtigt die folgende Klasse die b. p. zu agnosciren, aber die in der vorhergehenden Gerufenen können auch noch jetzt nachträglich dieselbe erbitten, wenn ihr Nichtkönnen oder Nichtwissen der Grund ist, daß sie nicht schon früher erschienen waren [6]).

Aber wenn wir auch annehmen, daß die Fristen als äußerlich feststehende einander folgten, so bleibt doch immer die Ungewißheit, ob man im Allgemeinen diese Frist als hundert Tage oder als ein Jahr annahm, indem man vorher oft gar nicht wissen konnte, ob der darin Berufene sich die größere oder die kürzere Zeit zurechnen dürfe. Freilich in der c. t. b. p. werden nur Kinder gerufen, diese Frist ist also allgemein ein Jahr, aber gleich bei der sec. tab. können eingesetzte parentes et liberi in einem Jahr agnosciren; allen Uebrigen aber laufen nur hundert Tage. Wann fängt nun die Zeit an, wo eine bon. poss. ab int. erbeten werden kann?

In der Intestatsuccession aber werden wieder zuerst die liberi gerufen in einem Jahr, die Agnaten, die Cognaten und

---

6) Die Berechnung des utile tempus veranlaßt die Rücksichtnahme auf gar manche Punkte, die offenbar nur erst zur Sprache kommen können, nachdem der, um dessen Zulassung es sich handelt, überhaupt aufgetreten ist. Es ist also gar nicht möglich, daß der Prätor ohne dessen Beisein bloß durch Verhandlung mit einem Prätendenten aus einer späteren Klasse hätte fixiren können, ob dem Vorstehenden seine Frist abgelaufen sei oder nicht. Wenn er daher nicht alle Berufung einstweilen sistiren wollte, so mußte er wohl jede Frist von vorn herein als tempus continuum annehmen, und nach deren Ablauf den Nachstehenden zulassen. Man vergl. namentlich das Beispiel in fr. 5. pr. quis ordo in poss.

der überlebende Ehegatte jedesmal in hundert Tagen. Aber dies ist wieder so einfach nicht, denn an der Stelle der Agnaten wird, wenn ein Freigelassener gestorben ist, der Patron gerufen, dies aber kann ein **parens manumissor** sein, dem die **bon. poss.** ein Jahr lang zusteht [7]. Ferner die Kinder, welche im **ordo unde liberi** gerufen werden, können als **legitimi**, wenn sie **sui** sind, noch wieder den Agnaten vorgehn, und dann können sie zum drittenmal als Cognaten kommen, jedesmal steht ihnen ein Jahr zu [8]. Danach ist also für alle Klassen außer der **unde vir et uxor** die Möglichkeit vorhanden, daß die Frist ein Jahr beträgt. Sollen wir also annehmen, daß der Prätor bei allen diesen Klassen erst nach Ablauf dieses Jahres die nächstfolgende zugelassen habe? Dann kämen für das gesammte **succ. ed.** wenigstens fünf Jahr und hundert Tage heraus. Und auch das wäre noch nicht einmal genug, denn hinter dem **suus** als **legitimus** müssen doch noch dem **proximus agnatus** hundert Tage ausgesetzt werden, und in der Klasse der Cognaten können ja eine Reihe von Verwandten hinter einander stehen, die Jeder eine Frist von hundert Tagen für sich haben. Ferner können auch in der testamentarischen Succession mehrere Substituten vorhanden sein, deren Jedem eine Frist eingeräumt werden muß.

Ich bin wegen des Mangels an Quellenaussprüchen nicht im Stande, sicher zu beantworten, wie die Römer es hier gehalten haben. Indeß glaube ich, wenn man nur die einzelnen möglichen Fälle genauer auffaßt, daß sich von der Reihe von Jahren, die hier verfließen zu müssen scheinen, ehe das **success. edictum** sein Ende erreicht, doch für die meisten Fälle eine große Zeit abziehen läßt. Und das stimmt mit Ulpians Worten vollkommen überein, der das **succ. ed.** offenbar noch

7) fr. 4. §. 1. quis ordo — sicut si pater filium manumisisset, quamvis ut manumissor bon. possessionem accipiat, tamen ad b. p accipiendam annuum spatium habet. fr. 1. §. 14. u. 15 de succ. ed.

8) fr. 4. §. 1. quis ordo — Filius non solum, si tanquam filius, sed et si tanquam agnatus, vel tanquam cognatus ad b. p. vocatur, annuum spatium habet.

für seine Zeit als Mittel zu einer raschen Regulirung der Erbschaftsangelegenheiten darstellt.

Es kommt bei allen Todesfällen regelmäßig sehr bald zum Vorschein, ob ein Testament vorhanden ist oder nicht. Das Interesse so vieler Personen bürgt dafür, und überdem waren seit August eine Reihe von Maaßregeln für rasche Eröffnung der Testamente getroffen worden. Ist nun ein Testament vorhanden, so lief erst die Frist für die c. t. b. p., und es konnte dann gleich im folgenden Jahr die sec. tab. agnoscirt werden, nach deren Agnition natürlich keine ab int. mehr deferirt wird, auf die sich auch, wenn einmal ein gültiges Testament vorhanden war, wegen der vorherrschenden Sitte die b. p. zu agnosciren, selten Jemand wird Rechnung gemacht haben.

War es aber von vorn herein klar, daß Jemand intestatus verstorben sei, so wurde nun gleich bon. poss. ab int. agnoscirt. Es konnte dies ausnahmsweise noch durch die Schwangerschaft der hinterlassenen Ehefrau, welche in possessionem mittirt war, sistirt werden, aber wenn dann der postumus geboren ist, so wird ihm sogleich die b. p. deferirt [9]. Die den liberi zustehende b. p. dauert nun ein Jahr, worauf die legitimi gerufen werden, aber allerdings so, daß hier der suus noch einmal kommt, ebenso wie er dann unde cognati noch einmal gerufen wird. Indeß wenn auch der Prätor die Agnatenklasse der Berechtigung nach hinter den suus gestellt hat, so ist doch die Frage, ob dies auch äußerlich auf die Fristen eingewirkt habe, und in der That scheint dies nicht ohne Grund bezweifelt werden zu können.

Ulpian spricht über diesen Punkt folgendermaßen:

> fr. 1. §. 11. de succ. ed. — Sed videndum est, an inter ceteros ipse quoque qui exclusus est, admittatur; utputa filius est in potestate, delata est ei b. p. ex prima parte, unde liberis defertur; exclusus est tempore aut repudiatione; ceteris defertur; sed ipse sibi succedat ex hac successoria parte? Et magis est, ut succedat, ut unde legitimi possit petere.

---

9) fr. 2. §. 4. quis ordo.

Ganz entscheidend ist freilich die Stelle nicht. Sie kann aber jedenfalls so verstanden werden, daß gleich hinter dem **ordo unde liberi**, die **ceteri**, d. h. die Agnaten gerufen werden (**ceteris defertur**) und daß zwischen diesen (**inter ceteros**), also nicht vor ihnen, es dem **suus** noch einmal zusteht, **b. p.** zu agnosciren. Daraus läßt sich erklären, was sonst sehr auffallend sein würde, daß, während doch der **suus** hier nicht als **proximus agnatus**, sondern als erste Klasse der **legitimi** berufen wird [10]), selbst Römische Juristen (s. Note 8) es so darstellen, als würde er **tanquam agnatus** gerufen [11]). Aeußerlich sah es wie eine einzige Klasse aus, indem wenn der **suus** ein Jahr lang deliberirt hat, ohne **bon. poss.** zu erbitten, es wahrscheinlich ist, daß er überhaupt keine Lust zu ihr haben werde, weßhalb denn die Agnaten sogleich **b. p.** binnen hundert Tagen erbitten dürfen. Aber in dieser Zeit darf auch der **suus** noch wiederkommen, ja es ist ihm sogar ein ganzes zweites Jahr gestattet, so daß, wenn er auftritt, die einem Agnaten gegebene **b. p.** als **non data** erscheint. Und so ist's auch wohl bei den Cognaten gewesen, indem es doch höchst unwahrscheinlich ist, daß diese noch wieder ein ganzes drittes Jahr hätten ablaufen lassen müssen, ehe sie selbst um Ertheilung der **bon. poss.** bitten durften.

Falls das Gesagte richtig ist, so wäre darin schon eine große Abkürzung der vielen aufeinander folgenden Fristen gegeben [12]). Es giebt aber daneben einen anderen Satz, welcher zu diesem Zwecke diente, und der mir keinem Zweifel unter-

---

10) So drückt dies auch Ulpian in der eben citirten Stelle aus, und so kann es auch nur richtig sein, denn der Prätor hat zwischen beiden eine successio anerkannt (s. Bd. I. S. XVI. Note 8), während dies für die Klasse der Agnaten nicht der Fall ist. S. auch fr. 1. §. 1. si tab. test. null. — fecit enim gradus varios, primum liberorum, secundum legitimorum, tertium cognatorum, deinde viri et uxoris.

11) s. §. 68. Note 13. §. 103. Note 4.

12) Jedenfalls könnte dieses Wegfallen einer eigenen Frist auch erst seit dem Entstehen des ordo unde liberi gedacht werden, denn natürlich müssen ursprünglich für die drei Klassen der legitimi auch drei äußerlich verschiedene Fristen bestanden haben.

worfen zu sein scheint. Derselbe ist so durchgreifend, daß jene vermuthete Ineinanderschiebung der Fristen doch vielleicht dem Prätor nicht nöthig erschienen ist. Es ist schon im Band I. S. 103. Note 5. b) bewiesen worden, daß man den Ablauf einer Frist nicht erst abzuwarten braucht, wenn man darthut, daß ein Berechtigter in dieser Klasse nicht vorhanden oder wieder hinweggefallen ist. Also wenn man weiß, daß ein mit einem Testament Verstorbener keine Kinder gehabt, oder wenn man im Testament sieht, daß er die vorhandenen nicht präterirt hat, so kann gleich sec. tab. agnoscirt werden. Ferner wenn man weiß, daß kein gültiges Testament da ist, oder daß Instituirte und Substituten ausgeschlagen haben, und wenn auch keine Kinder, oder Agnaten vorhanden sind, so können gleich die Cognaten, oder, wenn auch diese fehlen, so kann alsbald der Ehegatte b. p. erbitten. — Dergleichen Vorhanden- oder Nichtvorhandensein von Verwandten ist in den meisten Fällen notorisch, und, was bei uns noch am Ersten unbekannt ist, die Errichtung eines Testamentes, mußte zur Zeit der klassischen Juristen, bei der Nothwendigkeit viele Zeugen herzuzuziehen, nicht weniger leicht zu constatiren sein, als sich auch ein die sec. tab. b. p. verhindernder Ungültigkeitsgrund einer existirenden Testamentsurkunde häufig ohne Schwierigkeit nachweisen ließ.

Also dies Nichtvorhandensein einer früheren Klasse war leicht dem Prätor klar zu machen, und so konnte die nächstberufene Klasse, bei dem Interesse, das sie haben mußte, den Erbschaftsbesitz zu erlangen, alsbald die bon. poss. agnosciren. Darin liegt mithin, daß in den meisten Fällen die Erbschaftsangelegenheit gleich in der nächsten Zeit regulirt sein mag. Ja man muß noch weiter gehen.

Daß die Fristen der bon. poss. utiliter berechnet werden, scheint auf den ersten Blick lediglich zu Gunsten der Berufenen zu sein. Aber das ist es keineswegs. Wenn Jemand weiß, daß der Erblasser intestatus verstorben ist, und daß er nächstes Erbrecht hat, so muß er, falls nicht noch äußerliche Hindernisse entgegenstehen, in hundert Tagen oder einem Jahr b. p. agnosciren. Er kann sich nicht damit entschuldigen, daß er erst die ihm vorstehende Frist der contra und sec. tab. habe

ablaufen lassen wollen. Ebenso ist es mit dem entferntesten Cognaten, oder dem Ehegatten, sobald kein Näherer vorsteht [13]), er darf nicht bloß, er muß sich die Frist gleich vom Todestag berechnen. Dies beweist entschieden **fr. 9. §. 1. unde cogn. — Fratris filius pro parte heres institutus, quum patruum surdum esse contenderet, atque ideo testamentum facere non potuisse, possessionem ut proximus cognatus accepit; ex die mortis temporis haberi rationem placuit, quia verisimile non videbatur, tam conjunctum sanguine defuncti valitudinem ignorasse.**

Diese Stelle ist recht geeignet, uns ein klares Bild der Verhandlungen vor dem Prätor zu geben. Es kommt Jemand und erbittet **b. p. unde cognati**, weil das vorhandene Testament ungültig sei. Natürlich setzt Papinian den vorgebrachten Grund der Taubheit als richtig voraus. Hier wird nun gar nicht daran gedacht, noch eine Frist der **sec. tab. b. p.** zu berechnen, etwa wirklich dem **scriptus** die **b. p.** zu ertheilen, und zu warten, bis der Brudersohn gegen diesen auftrete und die Ungültigkeit des Testaments processualisch beweise. Dieser würde ja auch als Cognat gar keine **her. pet.** haben, also von einem **sine re**-Werden der **b. p. sec. tab.** kann gar nicht die Rede sein.

Vielmehr bezieht sich das **contendere** nur auf eine Behauptung vor dem Prätor, der allein über die Richtigkeit derselben zu entscheiden hat. In unserer Stelle fragt es sich nun, ob der Brudersohn noch zur rechten Zeit gekommen ist (**temporis haberi rationem**). Indem seine Behauptung für richtig befunden, also dem **scriptus** gar keine **b. p.** mehr gegeben wird, oder die etwa schon ertheilte als **non data** erscheint (s. Bd. I. S. 183 u. ff.), so ist dem Cognaten die Frist

13) So wird in fr. 1. §. 7. unde cogn., unter der stillschweigenden Voraussetzung, daß keine sui und agnati vorhanden waren, die Sache so vorgetragen, als folge die b. p. unde cognati gleich auf die sec. tab.: Si quis igitur proximus cognatus, dum heredes scripti deliberant, diem suum obierit, sequens quasi proximus admittetur, hoc est, quicunque fuerit tum deprehensus proximum locum obtinens.

gleich **ex die mortis** zu berechnen[14]). Er könnte nur hier noch anführen, daß er die Krankheit seines Verwandten nicht gewußt habe, aber eine dergleichen Behauptung ist zu unwahrscheinlich, als daß sie nicht als leere Ausflucht gleich zurückgewiesen werden müßte. Hat also allenfalls auch der Prätor ihm, der sich über hundert Tage **ex die mortis** verspätet hatte, die **b. p.** gegeben, so fällt sie doch alsbald zusammen, sobald durch irgend einen Umstand, etwa durch das Auftreten eines entfernteren Cognaten, die Verspätung an den Tag kommt.

Wenn hiernach sich die Ertheilung der **bon. poss.** in den meisten Fällen sehr rasch entscheiden mußte[15]), so bleibt es freilich dabei immer möglich, daß die hinter einander laufenden Fristen in complicirten Fällen eine lange Zeit hinwegnahmen. Es konnte ein Testament vorhanden sein, in dem ein Prätorischer Notherbe präterirt war; alsdann liefen einstweilen die beiden Fristen der **contra** und **sec. tabulas**, und erst wenn beide unbenutzt vorübergegangen waren, konnte eine wirksame **b. p. ab intestato** agnoscirt werden, die dann, jenachdem sie in eine spätere Klasse gehörte, und Personen in der vorhergehenden vorhanden waren, auch wieder erst nach längerem Aufschub deferirt wurde[16]). Für solche Fälle war das eben vermuthete

---

14) Einen ähnlichen Fall enthält fr. 14. de b. p. (ebenfalls von Papinian), wonach auch wenn das Testament als falsum angeklagt wird, die Frist für den nächsten Cognaten sogleich läuft, sobald dieser von der Ungültigkeit des Testaments überzeugt ist. (Licet dies ei petendae possessionis, quam forte certus accusationis petere debuit, cessisse videtur.) Indeß, wenn er nun auch die Zeit der Agnition versäumt hat, so soll sie doch ausnahmsweise in der Anstellung der accusatio falsi als geschehen fingirt werden (quia hoc propositio accusationem instruit, ut suum jus sibi servet.)

15) Das Streben nach rascher Erledigung der Erbschaftsregulirung zeigt sich auch in der speciellen Bestimmung bei der sec. tab. b. p., daß diese durch das Schweben einer Bedingung nicht aufgeschoben werden soll.

16) fr. 1. §. 1. quis ordo. — Sive tabulae testamenti non exstent, sive exstent, si secundum eas vel contra eas bonorum possessionem nemo accepit, (also wenn die Fristen abgelaufen sind) intestati datur bonorum possessio. fr. 1. §. 2. si tab. test. null.

mehrfache Ineinanderschieben der Fristen, wenn es überhaupt richtig ist, von Bedeutung. Freilich wird auch das nicht in aller Weise ausgereicht haben. Wenn z. B. ein **suus ab intestato** vorhanden ist, so hat er drei Jahr hintereinander das Recht die **b. p.** zu agnosciren, und geht hier immer den Uebrigen vor [17]). Danach werden sich diese Uebrigen gar nicht die Mühe geben, die **b. p.** zu agnosciren, sobald sie vermuthen können, daß der **suus** sich ebenfalls zur **b. p.** melden wolle [18]), und so ruht denn doch wieder Alles auf dem **suus** allein, der nun drei Jahre hindurch die Erbschaftsgläubiger hinhalten kann. Aber hier bestand noch wieder ein anderes Mittel, um eine raschere Regulirung der Erbschaft herbeizuführen, welches wir sogleich kennen lernen werden [19]).

§. 113. Das Resultat des vorhergehenden § ist, daß so lange die Frist eines früher Berufenen läuft, die des Späteren im Allgemeinen noch nicht begonnen hat [1]), daß aber, sobald in den vorhergehenden Klassen Niemand vorhanden ist, Jedem, auch in der letzten Klasse Stehenden, der dies weiß, die Berufungszeit sogleich angerechnet wird.

Hierin liegt, daß die Ertheilung der **bon. poss.** vielfach von Verhandlungen und Beweisführungen abhängt, welche durchaus nicht einen Erbschaftsproceß voraussetzen, sondern lediglich vor dem Prätor vorkommen. Wir haben hier allgemein für das gesammte System der **b. p.** festzustellen, was früher im ersten Bande (S. 235.) schon für einzelne Punkte hat an-

---

17) Freilich nicht so, daß wenn im zweiten Jahr Agnaten die b. p. erhalten haben, er nun noch als Cognat agnosciren könnte. Er geht nur allen gerade in derselben Klasse noch ferner Berufenen vor.

18) Fr. 4. de legat. praest.

19) S. §. 114. am Ende.

1) Ja sogar, wenn er nur glaubte, es sei ein Früherer vorhanden, so lief die Frist nicht; fr. 2. pr. quis ordo: — Fieri autem potest, ut, qui initio scierit, vel potuerit bonorum possessionem admittere, hic incipiat nescire vel non posse admittere; scilicet si, quum initio cognovisset, eum intestatum decessisse, postea quasi certiore nuntio allato dubitare coeperit, numquid testatus decesserit, vel numquid vivat, quia hic rumor postea perrepserat.

erkannt werden müssen, daß nämlich das ganze Prätorische Erbrecht dauernd unter der **causae cognitio** des Prätors stehen blieb, daß es nie in bestimmte formelle Regeln eingeschlossen worden ist, denen sich der Prätor selbst unterworfen hätte. Es ist dies der Grund, weßhalb uns in den Quellen so Manches über die äußere Ertheilung der **b. p.** dunkel bleibt, gerade weil die Juristen hier gar keine bestimmten Regeln darzustellen fanden.

Dies steht der Auffassung der meisten neueren Schriftsteller entgegen. Man macht gewöhnlich nur den Unterschied zwischen einer **edictalis** und **decretalis b. p.** Erstere sei die, welche lediglich auf den Worten des Edicts ruht, und deßhalb auch vom Prätor **de plano** d. h. ohne alle weitere Untersuchung (**causae cognitio**) gegeben wird, letztere dagegen die, wofür kein feststehendes Versprechen der Ertheilung im Edicte vorhanden ist, und der also noch eine besondere **causae cognitio** über die Zulässigkeit vorausgehen muß [2]). Aber schon in den Worten liegt diese Begriffsbestimmung nicht. Freilich die **b. p.**, welche, weil darüber im Edicte nichts bestimmt ist, in Folge eines besonderen **decretum** gegeben wird [3]), setzt der

2) Fabricius. S. 156. Auch v. Löhr scheint derselben Ansicht zu sein. s. sein Magazin. II. S. 439.

3) Derartige **decretales bonorum possessiones** kommen in den Quellen mehrfach vor, obgleich sie wenigstens in der späteren Zeit nicht mehr von sehr großer Bedeutung gewesen sind. Die **b. p.** war im Edicte so vollständig und genau regulirt, daß selten eine Veranlassung vorkommen konnte, noch über das Edict hinauszugehen; und wo einmal durch die Praxis ein wichtiger Punkt angeregt wurde, an den man bisher noch nicht gedacht hatte, da wurde dann auch bald eine Regel darüber ins Edict aufgenommen. Von diesen gelegentlichen **decretales bonorum possessiones** (fr. 14. §. 1. de b. p. c. t.) sind genau die Fälle zu scheiden, wo es nach der Natur der Sache einer besonderen Interposition des Prätorischen **imperium** bedarf, mögen auch im Uebrigen vollkommen feststehende Regeln im Edicte darüber bestehen. Dahin gehören, wie wir oben schon gesehen haben, die **b. p. Carboniana** (§. 80.), ferner der Fall, wenn der Prätor gegen seine eigene Edictsregel, daß ein zu erwartender **postumus** die Delation aufschiebt, ausnahmsweise die **b. p.** ertheilt (§. 76.). Jedenfalls aber erhellt, daß der eigentliche Grund des **decretum** nie die voraufgehende **causae cognitio** ist, sondern

Natur der Sache nach voraus, daß eine **causae cognitio** stets vorausgehe. Aber folgt denn daraus, die **edictalis** werde stets ohne eine solche **de plano** gegeben? **Edictalis b. p.** heißt doch nur, daß der Prätor für einen bestimmten Fall schon im Edicte sein Erbrecht versprochen, daß er sich von vorn herein, wenn bestimmte Voraussetzungen vorhanden sind, gebunden hat. Aber darin liegt doch gerade, daß (wie dies bei jeder **b. p.** der Fall ist) bestimmten Voraussetzungen genügt sein muß, also allenfalls bei jeder **b. p.** eine Untersuchung über das Vorhandensein derselben vorkommen kann, nach deren günstigem Ausfall dann freilich kein besonderes **decretum** mehr erfolgt, sondern die **b. p.** in derselben Weise ertheilt wird, als wie sonst **de plano**.

Danach ist nicht zweierlei: die **edictalis** (welche **de plano** gegeben werde), und die **decretalis** (der eine **causae cognitio** vorhergehe), sondern dreierlei zu scheiden: die **edictalis**, welche **de plano**, die **edictalis**, welche **causa cognita**, und die **decretalis**, welche stets **causa cognita** gegeben wird. Letztere beiden werden **pro tribunali** ertheilt.

Huschke [4]) hat dies zuerst bemerkt, und danach mit Recht

---

entweder ist es der Mangel einer Edictsregel, oder eine besondere Interposition des Prätorischen Imperiums, und daraus folgt die Unrichtigkeit der Voraussetzung, daß die causae cognitiones nur bei den decretales b. possessiones vorkommen könnten. — Wir besitzen eine andere Lehre, aus deren Vergleichung sich das Gesagte vollkommen bestätigt. Die missio legatorum servandorum causa ist regelmäßig eine edictalis d. h. sie wird nach den Bestimmungen des Edicts ertheilt (ex hoc edicto iri in possessionem posse. fr. 12. ut in poss. legator.). Aber dabei können causae cognitiones vorkommen (fr. 5. §. 5. eod.). Ganz etwas Anderes ist es, wenn: extraordinario remedio opus erit, ut decreto Praetoris in possessionem mittatur (fr. 12. eod.). Das decretum stützt sich hier wahrlich nicht darauf, daß der Prätor eine causae cognitio vorgenommen hätte, sondern es bedarf einer besonderen Interposition des Prätorischen Imperium, damit der actor der municipes als der zur Mission Berechtigte gelten könne.

4) Richtersche Jahrb. 1839. Heft 1. S. 27 ff. — Er führt entscheidende Stellen an, die das bestätigen, was schon aus den Worten selbst hätte entnommen werden können. fr. 3. §. 8. de b. p. — Si causa cognita b p. detur, non alibi dabitur, quam pro tri-

die Gränzen der b. p. decretalis beschränkt, welche Fabricius über die Gebühr weit ausgedehnt hatte, um alle Fälle der causae cognitio darunter zu bringen. Vielmehr ist hier v. Löhr (a. a. O.) weit vorsichtiger verfahren, der nur die Fälle zusammenstellt, wo die Quellen mit Sicherheit eines decretum erwähnen. Wir werden auf diese Fälle später noch zurückkommen, hier genügt es ihr an und für sich enges Gebiet nachgewiesen zu haben, während die Zulässigkeit einer causae cognitio sich viel weiter erstreckt, weiter, wie mir scheint, als alle bisherigen Schriftsteller angenommen haben [5]). Huschke gesteht sie lediglich in besonderen Fällen zu, wo Jemandem nur bedingungsweise oder gegen Caution die b. p. gegeben wird [6]),

---

bunali, quia neque decretum de plano interponi, neque causa cognita b. p. alibi, quam pro tribunali dari potest. — Fr. 2. §. 1. quis ordo. — Quid, si ea, quae causae cognitionem pro tribunali desiderat, vel quae decretum exposcit? — Dasselbe sagt auch mit Berufung auf die letztere Stelle Mayer Erbrecht I. S. 407., unabhängig von Huschke.

5) Am weitesten geht noch Mayer, obgleich doch lange nicht weit genug, indem er die in Nichts begründete Einschränkung macht (S. 411.), wenn ein Anderer auftrat, der das Unbegründetsein der b. p. behauptete (nicht aber die b. p. zur sine re machen wollte), so habe das der Prätor stets in einen besonderen Proceß verwiesen. — Es steht dem schon fr. 9. §. 1. unde cogn. entgegen, wo der Cognat gegen den scriptus auftritt, und doch gleich seine Agnitionsfrist ex die mortis berechnet wird. — Ich will damit aber nicht läugnen, daß, wenn dem Prätor die Frage zwischen zwei Prätendenten zu weitläuftig schien, er bisweilen dem, der die größte Wahrscheinlichkeit für sich hatte, die b. p. gab, der dann, wenn der Gegner besaß, im Int. quor. bon. sein Recht weiter ausführen mußte. Bd. I. S. 391.

6) Wenn nämlich die b. p. durch einen Stellvertreter erbeten wird, oder wenn Jemand unter einer Bedingung instituirt ist. Fabricius und Huschke bemerken mit Recht, daß der Ausdruck „agnoscere b. p.“ stets von der edictalis gebraucht wird, und dieser kommt gerade in jenen Fällen sehr häufig vor. Petere, agnoscere und dare b. p. bedeutet ein und dasselbe; der Gegensatz ist denegare, petere non posse. Nun könnte man sagen, jede Entscheidung des Prätors heiße doch ein Decret, also, wenn er causa cognita die b. p. ertheilt, so müsse das stets eine decretalis b. p. sein. Aber das würde zu viel beweisen, denn dann müßten ja alle bonorum pos-

wogegen nach seiner Ansicht (a. a. O. S. 28.) der Prätor nicht untersucht habe, „ob der Erblasser gestorben sei, **testamentifactio** gehabt, das Testament gehörig gemacht habe u. s. w., sondern dies dem **judex actionis ex interdicto Quorum bonorum** überlasse.“ Fabricius ist derselben Ansicht, indem er (S. 162.) sagt:

„Die Agnition giebt an sich keinen Beweis der wirklich „erworbenen **b. p.**, und die jedem Andern, als dem „nach den Vorschriften des **successorium edictum** „eben Berufenen, **de plano** ertheilte **b. p.** ist völlig „unwirksam und ohne Bedeutung, so daß immer nur „derjenige als wirklicher **bon. possessor** bezeichnet wer„den kann, **qui in judicio interdicti Quorum bono„rum potior esse debet.**“

Ich habe bereits bei jeder Klasse der **bon. poss.** im Einzelnen nachgewiesen, wie aus dem ganzen Kreise der Erfordernisse einer **bon. possessio** gewisse *bedingende* Beweise auszuscheiden sind, über die denn auch, falls der Prätor nicht schon von vorn herein den Sachverhalt kannte, eine **causae**

---

sessiones decretales sein, weil sie doch auf einer Entscheidung des Prätors, der sie auch denegiren konnte, ruht. — Vielmehr befolgten hier die Römer sehr natürlicher Weise eine andere passendere Terminologie. Die **b. p.**, welche in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des Edicts gegeben wird, heißt ebendeßhalb **edictalis**. Gerade weil der Prätor schon im Edicte die **b. p.** versprochen hat, so kommt bei der einzelnen Ertheilung nur in Frage, ob die Voraussetzungen des Edicts vorhanden sind oder nicht. In ersterem Fall heißt es **datio**, im letzteren **denegatio b. possessionis**, und wenn auch zu dieser **denegatio** oder **datio** noch eine weitere Untersuchung nöthig ist, so wird sie doch kein **decretum** genannt, weil sie lediglich die im einzelnen praktischen Falle nöthige Durchführung des schon im Edict Angeordneten ist. — Die Terminologie der Römer steht hier also ganz dem **dare** oder **denegare** der **actiones** oder **exceptiones** gleich. — Daß es bei dem **dare** der **b. p.** wahrlich sich nicht bloß um eine formelle Erklärung des Prätors, sondern um dessen Wissen und Wollen (also auch um seine Untersuchung) handelte, zeigt auch folgende Stelle: **fr. 15. de b. p. — Paulus respondit, petitionem matris solam non acquisiisse filiae impuberi bonorum possessionem, nisi si is, qui eam dedit, evidenter voluit eam impuberi dare. — Valer. Maxim. VII. 7. §. 7.**

cognitio vorkommen konnte. Darin liegt, daß gar nicht bestimmte Fälle angegeben werden können, in denen stets causae cognitio, andere, in denen sie nicht Statt gefunden hätte. Es kommt auf den Zufall an, ob der Prätor schon weiß, was sonst noch untersucht werden muß. Es sind die Umstände, welche die causae cognitio hervorrufen, während dieselben auch so sein können, daß die b. p. de plano ertheilt wird. Ein sec. tab. bon. possessor kann, wenn es bekannt ist, daß der Erblasser als civis Romanus und suae potestatis schon vor einem Jahr verstorben ist, gleich de plano die b. p. erhalten [7]), während wenn er erst gestern starb, vorher klar sein mußte, ob entweder keine zur c. t. Berechtigten da seien, oder repudiirt haben. Und so ist es mit allen den unzähligen Fällen, wo eine b. p. früher agnoscirt werden kann, weil man nachweist, daß Andere, eher Berufene, nicht vorhanden seien. So ist es endlich, ganz abgesehen von den bedingenden Beweisen, überhaupt mit den vielen denkbaren Nebenumständen von welchen, wie z. B. Ablauf der Berufungsfrist, Unterworfensein des Berufenen unter väterliche Gewalt u. dergl. [8]), die Gültigkeit der b. p. abhängen kann.

Ich will hiermit keineswegs behaupten, daß der Prätor sich das Alles gleich in allen Fällen beweisen läßt. Darin läge eine völlige Verkennung seiner Stellung, wonach er keineswegs in der Lage war, sich auf so viele Weitläuftigkeiten, welche darin liegen würden, einzulassen. Aber eine eben solche Verkennung scheint es mir zu sein, wenn hier die Ertheilung der b. p. ganz der cognitio des Prätors entrückt, und stets dem judex in einem eigenen Proceß zugewiesen würde. Wie sehen

7) Denn daß der Prätor sich die sieben Siegel des Testaments und die Institution ansieht, kann man doch kaum eine besondere causae cognitio nennen.

8) S. z. B. fr. 59. §. 4. de her. inst. — Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit redierit, aut si sub conditione institutus est, quo tempore conditio existit. Idem et in legatis, et in bonorum possessionibus.

wir denn den Prätor in anderen Rechtsgebieten auftreten [9]) z. B. in der Ertheilung von Klagen? Seinem **arbitrium** ist es überlassen, ob er dieselbe noch nicht ertheilen will, wenn daraus z. B. ein **praejudicium** für eine **major causa** zu fürchten ist; ob er mehre Processe in Eins durch führen lassen will oder nicht. Und bei der Ertheilung der **b. p.** soll er sich die Hände gebunden, und statt oft die Sache rasch selbst abzuthun, sie stets einem eigenen Proceß zugewiesen haben? Wenn zwei Cognaten erscheinen und **b. p.** erbitten, und Beide behaupten die Näheren zu sein, was vielleicht sehr einfach zu ermitteln ist, so soll er Jedem die **bon. poss.** haben geben müssen, unter denen nun noch ein Proceß, man könnte sagen: **uti possidetis bonorum possessionem** auszumachen wäre? Wenn die **b. p.** eines Menschen erbeten wird, den der Prätor noch gestern gesehen hat, so soll er nicht haben fragen und untersuchen dürfen, ob dieser denn auch wirklich schon gestorben sei? Oder wenn Jemand kommt, von dem der Prätor weiß, daß er in väterlicher Gewalt steht, dem soll er nicht haben befehlen können, daß er hingehe und seinen in der Stadt anwesenden Vater herbeihole, um zu erfahren, ob dieser auch einwillige?

Und so ließen sich die Fragen ins Unzählige vermehren, welche, wenn man sie alle verneint, das Resultat herbeiführen würden, daß der Prätor in einem einzigen Erbfall allen-

---

9) Man vergleiche nur einmal die der b. p. sehr nahe liegende Thätigkeit des Prätors bei der Eröffnung der Testamente. Wenn dabei causae cognitiones vorkamen, wie dies in einzelnen Stellen des Titels testam. quemadm. aper. ausdrücklich hervorgehoben wird (fr. 2. §. 4. fr. 8.), so ist gar nicht einzusehen, weßhalb das nicht ebenso auch bei der Handhabung der b. p. habe vorkommen können und müssen. — S. ferner z. B. fr. 23. §. 4. de her. inst. fr. 6. §. 3. si quis omissa causa. fr. 29. de usu et ususfr. leg. fr. 6. 8. pr. 13. §. 1. de opt. legat. fr. 65. §. 2. ad SC. Trebell. fr. 5. §. 5. ut in possess. legator. fr. 5. §. 1. quib. ex caus. in poss. fr. 1. §. 14. de separation. fr. 1. §. 9. de stip. praetor. (»summatim cognoscere«). Fr. 3. de in int. rest. Namentlich ist noch hervorzuheben fr. 9. §. 6. de interr. in jure: Summatim igitur Praetor cognoscere debebit, quum quaeratur, an quis respondere debeat, quo jure heres sit, ut si valde interesse compererit, plenius responderi jubeat; quae obtinere de-

falls Hunderten die **b. p.** hätte verleihen müssen [9a]), unter denen dann ein wahrer Concursproceß von **Interdicta quor. bon.** [10]), ein **bellum omnium contra omnes** hätte entstehen müssen.

Nur noch an ein Beispiel will ich hier erinnern [11]), das in der oben citirten Stelle (**fr. 9. §. 1. unde cogn.**) enthalten ist. Wenn ein Testament ungültig ist, weil der Testator taub war, so wird nicht etwa erst auf alle Fälle **sec. tab. b. p.** gegeben, und dann hätte der nächste Verwandte **unde cognati** agnosciren und mit dem **Int. quor. bon.** siegen müssen, sondern Ersterer erhält gar keine, und dem Letzteren wird seine Frist **ex die mortis** berechnet. Also der Prätor kann hier ebenso thätig bei Denegirung einer **b. p.** wie sonst bei der einer Klage sein [12]).

Ich glaube, die Sache läßt sich in vier Punkte trennen:

1. In sehr vielen Fällen, wo der Prätor schon mit Gründen entschieden bekannt ist, die der Agnition einer **b. p.** entgegenstehen, denegirt er von vorn herein die **b. p.**; also wo er Gründe hat, zu vermuthen, daß dergleichen vorhanden sei, untersucht er sogleich selbst, und läßt sich das Nichtvorhandensein des Hindernisses darthun [13]).

---

bent non solum in heredibus, sed etiam in honorariis successoribus.

9a) Fr. 8. pr. de stip. praet. — Praetor beneficium suum nemini vult esse captiosum. Ohne ein directes persönliches Ueberwachen der Erbschaftsangelegenheiten würde der Prätor diesen Zweck, Jedem soviel wie möglich zu seinem Recht zu verhelfen, nie erlangt haben.

10) Und warum soll es denn gerade immer das **Int. quor. bon.** sein, worin diese Streite geltend gemacht würden, da doch, wie wir gesehen haben, dies gar nicht das Gesammt-Rechtsmittel für die b. p. ist?

11) S. auch noch namentlich das schon Bd. I. S. 176. Note 3. erwähnte fr. 7. pr. de b. p.

12) S. auch z. B. fr. 10. de Carb. ed. fr. 5. si a parente quis manumiss. (fr. 97. §. 2. de verb. obl.) fr. 1. §. 10. in fin. § 15. de inspic. ventre.

13) Sehr natürlich, daß wenn der Prätor noch nicht von dem Tode eines Menschen gehört hat, er sich gleich vom Ersten, der b. p. erbittet, nachweisen läßt, daß derselbe gestorben sei.

2. Gar oft wird der Prätor, der zu Gericht saß, und die Sachlage gleich genauer untersuchen wollte, durch andere ihm obliegende Geschäfte verhindert gewesen sein, sogleich, wenn der erste Nachsuchende erschien, darauf einzugehen. Er wird ihn auf eine andere Session, wo er Zeit hatte, wieder beschieden haben, um dann die etwa erforderlichen Beweise vorzubringen, wobei denn natürlich die Zwischenzeit in die Frist nicht mit eingerechnet wurde[14]).

3. Häufig wird der Prätor **pure** die **b. p.** ertheilt haben, ohne auf etwaige Hindernisse einzugehen, dies bis auf die Behauptung eines Nachfolgenden versparend, der daraus die Ungültigkeit der früheren **b. p.** ableiten will; sobald aber der Punkt zur Sprache gebracht wird, so untersucht ihn dann der Prätor selbst[15]).

---

14) Fr. 2. §. 1. quis ordo. — Dies bonorum possessionis utiles esse palam est; sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit bonorum possessio, quae de plano peti potuit Quid si ea, quae causae cognitionem pro tribunali desiderat, vel quae decretum exposcit? Sessiones erunt nobis computandae,' quibus sedit is, quibusque per ipsum Praetorem factum non est, quominus daret bonorum possessionem. §. 2. In bonorum possessione, quae pro tribunali datur, illud quaeritur, si sedit quidem Praetor pro tribunali, sed postulationibus non dedit; potest dici, tempus ad bonorum possessionem non cedere, quum Praeses aliis rebus, aut militaribus, aut custodiis, aut cognitionibus fuerit occupatus.

15) S. z. B. jene Stelle (fr. 9. §. 1. unde cogn.), wonach dem Cognaten die Frist ex die mortis berechnet wird, und sie ihm schon gegeben ist (accepit). In Folge des Auftretens eines späteren Cognaten kann sie für ungültig erklärt werden, wenn die Frist nach jener Berechnung schon verstrichen war. — S. ferner fr. 3. §. 3. de Carb. ed. und fr. 11. pr. de b. p. c. t. »repellitur ab ea possessione. Idem puto et in eo, qui pure quidem, sed non jure scriptus sit heres. Sämmtliche vernichtenden Beweise konnten zu diesem Zwecke vorgebracht werden. — Seitdem die Eröffnung der Testamente unter die Aufsicht und Leitung des Prätors gestellt worden war (tit. D. testam. quemadmodum aperiantur), erschien es sehr natürlich, daß hiebei die Frage, wer instituirt sei, constatirt wurde, daß also auch schon vorher die b. p. sec. tab. ertheilt werden konnte, unter der Voraussetzung, daß sich die Institution des Nachsuchenden nachher bestätigen werde. (fr. 1. §. 4. de

4. Freilich aber wird er auch nicht selten einen Ungültigkeitsgrund der **b. p.** durchaus dem Vorbringen und der Untersuchung in dem Processe überlassen haben, welcher zuerst vom **b. possessor** angestellt wird (entweder eine **fictitia actio**, oder das **Int. quor. bon.**); weniger wohl dann, wenn ein eigener Bewerber um die **bon. poss.** der Gegner ist, denn dann wird schon bei dessen Agnition die Sache vor dem Prätor zur Sprache gekommen, und dem Ersten unberechtigten Erbittenden die **b. p.** aberkannt sein [16]), als vielmehr in den Fällen, wo ein auf die Erbschaft selbst nicht Anspruch Machender nur das Recht des Klägers läugnet; denn dann war der vom Bekl. behauptete Ungültigkeitsgrund dem Prätor vorher noch gar nicht zu Ohren gekommen.

Gerade für diesen letzteren Fall hat die Verweisung an den **judex** ihre besonders natürliche Erklärung, während sie sonst die größten Uebelstände herbeigeführt haben würde, wie dies bereits im ersten Bande S. 391 ausgeführt ist. Der

---

jur. et facti ign.). Dabei bleibt es nicht minder wahr, daß das Instituirtsein wahre Bedingung für die Gültigkeit der sec. tab., sowie das Präterirtsein für die der c. t. b. p. blieb. Wurden beide b. possessiones nach der Testamentseröffnung erbeten, so entnahm dann der Prätor einfach aus dem Ergebniß der Publication die Entscheidung über Zulässigkeit der b. p.

16) Es kommt indeß auch in solchem Falle allerdings eine Verweisung an den judex vor. In fr. 5. §. 1. de his quae ut indign. wird vorausgesetzt, daß die Cognaten behaupten, das Testament sei in der Art non jure factum, um auch gegen sie nicht aufrecht erhalten werden zu können. Nachdem nun die Cognaten b. p. agnoscirt haben, soll der Umstand, daß sie vom scriptus heres schon ein Legat ausgezahlt bekommen haben, kein Hinderniß gegen die Einforderung der ganzen Erbschaft sein, sobald nur aus ihrer Person sich ein Entschuldigungsgrund für jene Einforderung des Legats und die darin liegende Anerkennung des Testaments vorbringen läßt. Der Jurist aber sagt ausdrücklich, daß dies vom judex untersucht wurde: Prohibendi autem sint an non, ex cujusque persona, conditione, aetate, causa cognita a judice constituendum erit). Hier hat also der Prätor bei der Ertheilung der b. p. unde cognati die Frage, ob die Legatsannahme ein Hinderniß der b. p. sei, ununtersucht gelassen, und dem judex anheimgestellt. Dagegen die andere Frage, ob das testamentum in der Art non jure factum sei, daß es der b. p. unde cognati nicht entgegenstehe, wird schon der Prätor in Betracht gezogen haben.

Prätor würde nämlich sonst dem **bon. possessor** einestheils ganz unnütze Weitläuftigkeiten gemacht haben, weil dieser in einer Reihe von Processen stets dieselben Sachen beweisen müßte; anderntheils würden die Vortheile, welche in der **bon. poss.** lagen, daß nämlich durch Prätorisches **imperium** ein Repräsentant constituirt wird, mit dem Gläubiger, Schuldner, Legatare ohne Gefahr in Verbindung treten konnten, völlig elidirt sein. Denn war die vom Prätor **de plano** ertheilte **b. p.** noch „ohne alle Bedeutung und Wirkung", wie Fabricius sagt, so war jeder Schuldner, der an und für sich gern zahlen wollte, gezwungen, einen Proceß anzufangen, damit der Kläger nun erst in diesem Proceß die Rechtmäßigkeit seiner **b. p.** darthun konnte. Und jeder Gläubiger, der ganz klares Recht hatte, und gern einen Proceß vermeiden wollte, mußte ihn doch beginnen, nicht weil sein Recht ihm bestritten würde, oder weil das Ertheiltsein der **b. p.** unsicher wäre [17]), sondern weil, was der Kläger gar nicht bestreitet, die Rechtmäßigkeit der **b. p.** erst hätte bewiesen werden müssen. Oder soll man glauben, daß der Prätor, der selbst nicht die Nothwendigkeit der **b. p.** untersucht hätte, nun auch die Parteien von einer Untersuchung vor dem **judex** freigesprochen hätte? Das hieße der Unredlichkeit Thür und Thor öffnen [18]).

Und sollen wir denn überhaupt glauben, daß bei den Römern alle Erbschaftsangelegenheiten nur durch Processe regulirt werden konnten? Soll der Prätor das, was er um des Interesses der verschiedensten Person willen eingeführt hat, und was doch gewiß in gar vielen Fällen ohne allen formellen Rechtsstreit auseinandergesetzt werden konnte, — ganz unweise, bloß um seine eigenen Geschäfte zu vermindern, so eingerichtet haben, daß gerade diese wünschenswertheste Regulirungsart nie eintreten konnte? Wir müssen doch für eine solche Beschuldi-

---

17) Dies wird durch **Interrogatio in jure** festgestellt. **fr. 2. de interr. in jure.**

18) Dann hätte z. B. ein Gläubiger, dem eine **exceptio** entgegenstand, unter allem Schein Rechtens mit einem beliebigen **possessor hereditatis**, der irgend eine **b. p. de plano** erbat, und ihm nur das Geld auszahlte, den daraus entstandenen Gewinn theilen können.

gung erst nach Beweisen fragen, ich wüßte aber nicht, daß dergleichen vorgebracht worden wären.

§. 114. Nachdem wir jetzt die äußere Handhabung des **successorium edictum** haben kennen lernen, welches auch in seiner völligen Ausbildung dazu dient, durch Anordnung von Deliberationsfristen eine Reihenfolge der Berufungen möglich zu machen, — so haben wir dem das Civilrecht gegenüberzustellen, und zu zeigen, inwieweit dessen Theorie über die Delation der Erbschaft von dem geschlossenen System der **b. p.** abwich, und wie weit sie wieder damit übereinstimmte.

In unserem ersten Bande ist die Untersuchung schon bis zu den Sätzen geführt, daß das civilrechtliche System keine Succession in den Intestatklassen (S. 108—110. S. 206 ff.), wohl aber eine solche von der testamentarischen zur Intestatsuccession anerkannt habe (S. 111 ff.). Letzteres in eigenthümlicher an eine Interpretation der 12 T. angelehnter Weise, und ohne daß darin für den testamentarischen Erben eine Deliberationsfrist läge. Diese Mängel des Civilrechts auszugleichen, dazu diente gerade die **b. p.**, und die Nachtheile, die dem **heres** drohten, wenn er sie verschmähte, die Vortheile, welche ihm geboten wurden, wenn er sie agnoscirte, rechtfertigen zur Genüge die Annahme, daß durchaus in den meisten Fällen der **heres** die Prätorischen Deliberationsfristen eingehalten haben wird. Aber direct, bei Verlust seines civilen Erbrechts, dazu gezwungen war er doch nicht, und so kommt es, daß das civilrechtliche System der Delation in einen wahren formellen Gegensatz zum Prätorischen tritt. Es mag doch gar oft, wenn gleich gewiß nicht in der Mehrzahl der Fälle, vorgekommen sein, daß der **heres** lediglich sich mit seinem Civilrecht begnügen wollte, daß weil ein vom Civilrecht Berufener vorhanden war, Niemand nun Lust hatte, eine **b. p.** zu agnosciren, welche nur Weitläuftigkeiten und keinen reellen Nutzen versprach, da sie in jedem Augenblicke zur **sine re** gemacht werden konnte. Hier wissen also wieder die Creditoren Niemanden, „**cum quo congrediantur**", sollen sie kein Mittel gehabt haben, jetzt, wo die **b. p.** keine Aushülfe gewährt, den säumigen **heres** zur Antretung zu zwingen?

Allerdings; dies Mittel ist das **jus deliberandi**, welches deßhalb auch seinem Zwecke gemäß in den Pandekten zwischen den Lehren von der civilrechtlichen Succession in einem eigenen Titel seinen Platz hat [1]). Offenbar muß uns dies Institut, das mit der **b. p.** denselben Boden der Entstehung gemein hat, vom größten Interesse sein.

Jedenfalls ist das **jus deliberandi**, wenn auch für den civilrechtlichen Erben bestimmt, Prätorischen Ursprungs. Die Römischen Juristen handeln dasselbe in den Büchern **ad edictum** ab, und in den Pandekten sind uns noch zwei Stellen aus dem Edicte aufbewahrt, wovon die eine das allgemeine Deliberationsrecht feststellt [2]), die andere den besonderen Fall betrifft, wenn der Berufene ein Pupill ist [3]). Letzteres kennt schon Labeo [4]).

Wann dies ganze Institut aufgekommen ist, wage ich nicht zu entscheiden, aber daß es später sein müsse als die **b. p.**, kann man, glaube ich, mit einiger Sicherheit schon deßhalb annehmen, weil sonst das Aufkommen des **successorium edictum**, wenn schon Deliberationsfristen für den Civilerben vorhanden gewesen wären, sich schwer verstehen ließe. Und im Gegentheil bietet die entgegengesetzte Auffassung eine durchaus natürliche, mit Nichts im Widerspruch stehende Rechtsentwicklung dar. Im Anfange will der Prätor, um des Interesses der Creditoren willen, den **heres** noch nicht bei Verlust seines Erbrechts zur Antretung bewegen. Das ist die **b. p.** Später aber, als diese sich schon beim Volke eingelebt, so daß bereits Cicero den Verres wegen ihrer willkührlichen Umgestaltung anklagen konnte, da durfte auch der Prätor weiter gehen, und dem **heres**, der das Prätorische Rechtsmittel verschmähte, bei Verlust seines Erbrechts auf Antrag der Creditoren eine Frist setzen.

Die Sache läßt sich aber noch genauer nachweisen. Die **bon. poss.** kann gewiß nicht, wie im ersten Bande (S. 89) ausgeführt ist, hinter die **Rutiliana actio** (im Jahr 649) ge-

---

1) Dig. XXVIII. 8. de jure deliberandi.
2) Fr. 1. §. 1. de jure del. — Ait Praetor: si tempus ad deliberandum petet, dabo.
3) Fr. 7. pr. eod.
4) Fr. 7. §. 2. eod.

setzt werden, vielmehr muß sie schon geraume Zeit vorher bestanden haben. Durch den Prätor Rutilius aber wurden erst die Grundsätze über die **bonorum venditio** im Edicte festgestellt [5]). Da sich nun mit Sicherheit nachweisen läßt, daß das **jus deliberandi** eine weitere Ausbildung dieses Edictes über die **bonorum venditio** ist, so muß das **jus deliber.** späteren Ursprungs sein, als die **b. p.**

Diese Nachweisung des Zusammenhangs der **bon. emt.** mit dem **jus deliberandi** liegt schon in den Worten des Gaius **III. 78:**

> **Mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium justum successorem existere.**

Es muß gewiß sein, daß keine **b. p.** agnoscirt werden kann, und das ist dasselbe, was Ulpian in **fr. 1. pr. de succ. ed.** sagt, daß nämlich das **successorium edictum** dazu diene, die **bonorum venditio** zu verhindern. Aber ebenso gewiß muß es auch sein, daß kein **heres** eintreten werde, und gerade dazu dient das **jus deliberandi.** Früher war die Besitzergreifung der Güter durch die Gläubiger eine rein factische Gewalthandlung gewesen, die höchstens durch Prätorische Decrete geregelt wurde. Um dies verhaßte Verfahren so viel wie möglich zu hindern, ward das **successorium edictum** gegeben, und für den Fall, daß dies nicht ausreichte, stellte dann Rutilius zuerst genaue Edictsregeln auf. Daher kam es, daß überhaupt diese **bon. venditio** ganz nach dem Vorbilde der **bon. poss.** mit Klagen versehen ist. Die **bon. vend.** war gleichsam die letzte außerordentliche Klasse der **bon. poss.**, und sie trat damals immer ein, wenn letztere kein Resultat gegeben hatte. Aber bald mußte man, um sie soviel wie möglich zu vermeiden, daran denken, auch wenn die **b. p.** nicht ausreichte, den **heres** noch auf andere Weise heranzuziehen, und so ist denn in der späteren Zeit, die Gaius im Auge hat, das Zunicht-Werden aller civilrechtlichen und Prätorischen Delation

---

5) **Gai. IV. 35.**

die Vorbedingung der **bonorum venditio** [6]). So sagt er denn auch **II. 167.**

solet tamen Praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velint adeant hereditatem; si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.

Wegen dieses Zusammenhangs handeln denn auch die Römischen Juristen das **jus deliberandi** bei den **missiones in bona** und bei der **bonorum venditio** ab, Ulpian im 60. Buche **ad edictum**, Paulus im 57. [7]). Wenn daher die Pandekten hier die Ordnung des Edicts befolgt hätten, so würde der Titel **de jure deliberandi** im 42. Buche zwischen dem vierten und fünften Titel stehen. Alles bei dem **jus deliberandi**, wie es in den citirten Stellen zu lesen ist, wird aus der demnächstigen **bonorum venditio** erklärt, die Ernennung eines **curator bonorum**, die einstweilige etwaige Immission der Creditoren, die Regeln für minderjährige oder unter einer Bedingung eingesetzte Erben, die Art, wie der Erbe (durch Denegation der Klagen) sein Erbrecht verliert.

Hierdurch gewinnen auch die beiden Stellen **fr. 69.** und **70. de a. vel o. her.** ein neues Licht. Ihre Aufnahme in diesen Titel zeigt genügend Justinians Willen an, daß civil-

---

6) Seit der **lex Julia** wurde auch noch das Recht des Fiskus an den **bona vacantia** dazwischen geschoben. **fr. 1. §. 2. de jure fisci. fr. 1. pr. de succ. ed.** und die eben citirte Stelle des Gaius „**alius justus successor**"). — s. Schröter in d. Zeitschr. f. Civ.=R. und Proc. **X.** S. **103** ff. — Im äußersten Fall konnte, wenn Niemand wegen der Ueberschuldung unbedingt antreten wollte, der berufene **heres** den Creditoren Procente bieten, worauf dann **decreto a Praetore interposito** die **her. aditio** erfolgte. **fr. 54. §. 1. de manumiss. test.** Man sieht, daß Alles angewandt wurde, um die **bon. venditio** zu verhindern. s. auch noch **fr. 5. de curatorib. furioso.**

7) Vergleiche **fr. 1. 3. 7. de jure delib. fr. 69. de a. vel o. her. fr. 8. quib. ex caus. in poss. fr. 5. de reb. auct. jud.** (Ulpian) ferner **fr. 2. de jure delib. fr. 70. de a. vel o. her. fr. 9. quib. ex caus. in poss. fr. 4 u 6. de reb. auct. jud. fr. 1. de curat. bon. dando.** (fast wörtlich übereinstimmend mit **fr. 23. §. 3. de her. inst.**) — (Paulus).

rechtlich eine Succession von der testamentarischen zur Intestaterbfolge bestehen soll [8]). Aber Ulpian und Paulus meinen es anders, sie sprechen nur von der Art, wie der Prätor, nach Analogie der b. p. [9]), das jus deliberandi ertheilt, und wie

---

8) s. Bd. I. S. 118. Note 2. Es ist dort aus Versehen das fr. 70. dem Ulpian zugeschrieben.

9) Besonders interessant ist die Darstellung des Pomponius (libro I. ad Sabinum) in fr. 23. de her. inst. — Si quis instituatur heres in diem certum vel incertum, is bonorum possessionem agnoscere potest, et tanquam heres distrahere hereditatem. (Also in der Verleihung der b. p. durch das imperium des Prätors liegt sogleich das Recht der selbständigen Verfügung über die Erbschaft. Und da dies keine decretalis b. p. ist, so sieht man recht, wie sich von der Verleihung durch den Prätor, nicht erst seit einem Proceß vor dem judex die rechtliche Wirkung der b. p. datirt.) Sed si bonorum possessionem non admittat, sed conditionem trahat, cui facile parere possit, veluti si servum, quem in potestate habet, manumiserit, nec menumittat (also das Folgende ist nur ein Aushülfsinstitut, da wo die b. p. vom heres nicht agnoscirt wird, und auch kein Anderer Lust hat) hic Praetoris erunt partes, ut imitetur edictum suum illud, quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas. (Also wenn die b. p. nicht ausreicht, so ahmt der Prätor das jus deliberandi nach, welches den Antrag der Creditoren voraussetzt. Man sieht hieraus so recht das Ineinandergreifen der b. p. und des jus deliberandi und die Einheit der Tendenz bei der Handhabung beider Institute.) Item si conditioni heres parere non poterit, quam in sua potestate non habebit, veluti institutione collata in alterius factum aut quendam casum: „si ille", puta, „Consul factus fuerit", tunc postulantibus creditoribus constituet Praetor, nisi intra certum tempus hereditas obtigerit, aditaque fuerit, se bona defuncti creditoribus possidere jussurum, et interim quae urgebunt per curatores distrahi jussurum. Also auch in diesem Falle einer nicht-potestativen Bedingung war die Agnition der b. p. weit vortheilhafter, da alsdann schon vor Eintritt der Bedingung der Institutus mit der Erbschaft schalten kann, während wenn ihm ein spatium deliberandi gesetzt wird, er nur noch die Erbschaft antreten kann, wenn innerhalb desselben die Bedingung eintritt. Uebrigens setzt die Anordnung des spat. del. bei casuellen Bedingungen den Antrag der Creditoren voraus, während bei potestativen der Prätor ganz aus eigener Machtvollkommenheit eingreifen kann. s. auch fr. 4. pr. de reb. auct. jud.

nach Ablauf dieser Frist die **actiones** denegirt werden. Zu diesem durch den Prätor erreichten Resultat vermochte man mit Regeln des Civilrechts nicht zu gelangen, aber man suchte Beide doch wenigstens einander zu nähern, indem man durch jene eigenthümliche Interpretation der 12 Taf. (Bd. I. S. 115 u. ff.) für den Fall des **destitutum testamentum** eine civilrechtliche Succession herausbrachte. Nichts ist daher wohl natürlicher als die Annahme, daß man auf die Möglichkeit dieser Interpretation erst aufmerksam wurde, als durch das Vorbild der **b. p.** das Streben erwacht war, soviel wie möglich auch im reinen Civilrecht eine successive Delation mehrer Klassen zu rechtfertigen [10]).

Diese Einwirkung des Vorbildes der **b. p.** ist nun auch namentlich in der Zeitdauer des **spatium deliberandi** gar nicht zu verkennen. Dasselbe soll wenigstens immer hundert Tage betragen, und das ist ja gerade auch die regelmäßige Frist der **bon. poss.** Natürlich aber kann sich hier der Prätor wieder nicht so die Hände binden, daß er nicht nach Lage des Falles die Frist auch einmal verlängern sollte [11]).

Hiernach scheint mir der Gegensatz und doch wieder das historische und praktische Ineinandergreifen der **bon. possessio**

---

10) Auf diese Argumentation ist Band I. S. 118. Not. 3. gedeutet.

11) fr. 2 und 3. de jure delib. — Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi. — Nec non illud sciendum, nonnunquam semel, nonnunquam saepius diem ad deliberandum dandum esse, dum Praetori suadeatur, tempus, quod primum aditus praestituerat, non suffecisse. — Von diesem, auf Nachsuchen der Creditoren dem Civilerben gesetzten spatium deliberandi hat auch ohne Zweifel Paul. rec. sent. IV. 8. 21. gesprochen, was aber in der Westgothischen Compilation arg verstümmelt ist: Legitimi heredes jure civili intra centesimum diem nisi adierint hereditatem, ad proximos eadem successio transfertur. In dieser Fassung passen die Worte schlecht zu dem gleich folgenden §. 23: In hereditate legitima successinoi locus non est: et ideo fratre decedente, antequam adeat aut repudiet hereditatem, fratris filius admitti non potest, quia omnis successio proximiori defertur.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Leist, Burkard Wilhelm,

Die Bonorum possessio ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung

Bd.: 2,1

Göttingen 1848

J.rom.m. 281 n-2,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566844-6